والذي لايوجبه ٤٥٩
باب الشهادة على الزنا والرجوع منها ٤٧٢
باب حد الشرب ٤٨٢
باب حد القدف ٤٨٧
فصل في التعزير ٤٩٩
كتاب السرقة ٥٠٢
باب مايقطع فيه ومالا يقطع ٥٠٥
فصل في الحرز والاخذ منه ٥١٢
فصل في كيفية القطع واثباته ٥١٨
باب مايحدث السارق في السرقة ٥٣٣
باب قطع الطريق ٥٣٦
كتاب السير ٥٤١
باب كيفية القتال ٥٤٤
باب الموادعة ومن يجوز امانه ... ٥٤٧
فصل ٥٤٩
باب الغنائم وقسمتها ٥٥٢
فصل في كيفية القسمة ٥٦٤
فصل في التنفيل ٥٧١
باب استيلاء الكفار ٥٧٣
باب المستأمن ٥٨٠
فصل ٥٨٢
باب العشر والخراج ٥٨٧
باب الجزية ٥٩١
فصل في بيان مايجوز لهم ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ٥٩٩
فصل في احكام نصارى بني تغلب ٦٠١
باب احكام المرتدين ٦٠٣
باب البغاة ٦١٩
كتاب اللقيط ٦٢١
كتاب اللقطه ٦٢٥
كتاب الاباق ٦٣٢
كتاب المفقود ٦٣٥
كتاب الشركة ٦٤١
فصل في الشركة المفاوضة ٦٤٧
فصل في الشركة الفاسدة ٦٦١
فصل ٦٦٣
كتاب الوقف ٦٦٦
فصل في احكام المسجد ٦٧٨

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع فى المعاملات وابتدأ من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهرت في وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الآثار وما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق فى النكاح من اجتماع دواعى الشرع والعقل والطبع فاما دواعى الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعى العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا يمحي رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما أعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع وان كانت بدواعى الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات والنكاح فى اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وفى الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع البضع وسببه تعلق البقاء المقدور بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في سائر العقود والايجاب وهو

18006

المتلفظ به اوّلا من ايّ جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليها ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتمّ الّا بالنكاح وما لا يتم الواجب الّا به فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة خوف الجور مكروه **قوله** النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قد ذكرتُ معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سيأتي وقوله يعبر بهما اي يبين بلفظين لان التعبير البيان قال الله تعالى إن كُنتُمْ لِلرُّؤْيَا تَعْبُرُونَ اي تبيّنون وانما اختير لفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي ليس لنسبته خارج تطابقه او لا تطابقه ليدل على التحقيق والثبوت فكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح وقوله وينعقد بلفظ النكاح بيان الالفاظ ينعقد بها النكاح وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج للتلفيق يقال لفقت بين الثوبين ولفقت احدهما بالآخر اذا اضمت بينهما بالخياطة والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وقيد بقوله في محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهائم والاخت الرضاعية والامة المجوسية فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت النكاح به واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطئ لا محالة بل من حيث ابطال ضرب مالكية لها في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ لا منافاة بين

بين مايثبته وينفيه فجازت الاستعارة **قوله** وينعقد بلفظ البيع يعني بان تقول المرأة بعتك نفسي اوقال ابوها بعتك ابنتي بكذا وكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامرأة اشتريتك بكذا فاجابت نعم اشار اليه محمد رحمه الله في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احترازعن قول ابي بكر الاعمش رح فانه يقول لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك مال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احترازعن قول الكرخي رحمه الله انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمّى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الّا موقتة والنكاح لا ينعقد الّا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا تجوز الاستعارة وقال المصنف رحمه الله لانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم افضائها اليه ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليس بسبب لملك المتعة وذلك لان لفظ الاباحة والاحلال لا يوجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولو صرّح بلفظ النكاح الى ما بعد الموت لم يصح لان ما بعد الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لازمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الّا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين اورجل وامرأتين عدولا كانوا اوغيرهم اما اشتراط الشهادة فلقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر واحد فلا يجوز تخصيص قوله تعالى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ وغيره من الآيات به واجاب الامام فخر الاسلام رحمه الله بان هذا حديث تلقّته الامّة بالقبول فتجوز الزيادة به على كتاب الله تعالى وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح ولو امر الشاهدين ان لا يظهرا العقد لم يصح لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان

يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ الولاية لا مدخل لها في هذه الحال واجيب بان الاداء يحتاج الى ولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المصنف رحمه الله لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه من باب الولاية ولا ولاية له على المسلم وفيه النظر الذي مرّ انه ليس المراد به الاداء حتى تكون الولاية شرطا والجواب انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعي رحمه الله ووعد المصنف رحمه الله بيان ذلك في الشهادات ونحن نتبعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الشهادة من باب الكرامة لان في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته ودليله يتم بان يقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكر لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه يستحق ما هو اعظم من ترك الاكرام وهو الاهانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوّج نفسه وعبده وامته ويقربما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل من هو من اهل الولاية على نفسه فهو من اهل الشهادة لان الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة فلا نسلم ان من كان من اهل الولاية على نفسه كان من اهل الشهادة لانها متعدية الى غيره اجاب بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية يعني لانه لما لم تحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا تحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم

لهم ولاية على انفسهم فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المؤمن من اهلية الشهادة على الاداء وفيه الالزام فلان لا يخرج عنها على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج وغيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قلما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مقلدا اي قاضيا فكذا شاهدا لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان تكون اهلية الشهادة مرتبة على اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالواو لكان احسن لا يقال يجوز ان يكون مرتبا على مقلد بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعم ضررا فلان لا يمنع عن ولاية عامة الضرر او خاصته اولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف في الصحة ولو قال الفاسق من اهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية قاصرة لكان اسهل ثابتا * وينعقد بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة تحملا لا اداء فان قلت النكتة المذكورة في الفاسق اولا تقتضي ان يكون للمحدود في القذف شهادة متعدية ولم تكن فكانت منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالى بفواته كما في شهادة العميان معذرة عن عدم قبول شهادة المحدود في القذف بعد ما كان من اهل الولاية كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق اسهل ماخذا **قوله** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان السماع اي سماع كلام العاقدين من الايجاب والقبول في النكاح شهادة وهذا ظاهر

لانا لانريدمن الشهادة على النكاح الا ذلك ولاشهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق فكأنهمالم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك وتركيب الحجة هكذا الشهادة فى النكاح شرطت على اثبات الملك عليها وكل ما شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة فى النكاح شهادة عليها وبين المصنف رح المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة فى النكاح حال الانعقاد اما ان تكون لاثبات ملك المتعة عليها ابانة لخطر المحل اولاثبات ملك المهرعليه والثاني منتفٍ لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا قد علمنا بالاستقراء انه لاشيء يشترط في اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قياس محمد وزفر رح وتقريره ان الشهادة فى النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد * ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها بحضرة رجل واحد ولايخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان حاضرا جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من المأمور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان كان غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال فى النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه فى المسئلة الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه فى المسئلة الاخيرة وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها

اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها واذا كانت غائبة لم يجز لان الشئ انما يقدر ان لو تصور تحقيقا واقول اري انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امره به لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة ايضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه يجوز واجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى تنتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشره المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه والمولى شاهدا فيكون النكاح بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف تنتقل مباشرته اليه لان العبد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم امكانه مباشرا لما قلنا ان الشئ انما يقدر ان لو تصور تحقيقا *

فصل في بيان المحرمات

لما كانت من بنات آدم من اخرجها الله تعالى عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى ذكرها في فصل على حدة واسباب حرمتهن تتنوع على تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير من نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والمطلقات الثلث وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ اُمَّهَاتُكُمْ ودلالته على حرمة الامّ ظاهرة واما على حرمة الجدة فباعتبار ان الام في اللغة هو الاصل

يقال لمكة أُمُّ القُرىٰ فتكون دلالتها عليهما باعتبار معنى يعمّهما لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز وتثبت حرمتهن بالاجماع وهذان المسلكان يسلك بهما في كل ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات وبناتها وبنات الابن بنات كذلك والاخت وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة كانت او غيرها يتناولهما النص بجهة عموم الاسم وهذا ما يتعلق بالقرابة * وتحرم ام امرأته ان كانت مدخولا بها او لم تكن لقوله تعالىٰ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ من غير قيد بالدخول * وتحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وهو قوله تعالىٰ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ وليس كونها في الحجر شرطا قال المصنف رح لان ذكر الحجر في قوله تعالىٰ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ خرج مخرج العادة فان العادة ان تكون البنات في حجر زوج امهاتها اي في تربيتها لا على وجه الشرط ويوضح ذلك قوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولم يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ولسن في حجوركم فان الاباحة تتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان تكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما الدخول والحجر ثم تنتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول دليلا على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا لا نفي احدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربوا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين لانه لم توجد فيه الجنسية او لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم توجد علة الربوا وليس بقوي وتحرم امرأة ابيه واجداده لقوله تعالىٰ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباءُ الاجدادَ كما تناول الامُّ الجداتِ واما بالاجماع واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطيء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد

العقد فالوطئ ثابت بطريق اولى وتحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبني اولاده لقوله تعالى وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن اولم يدخل لاطلاق النصّ عن الدخول واما حليلة ابن الابن فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع فكانّه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن اوابن البنت بعمومه او بالاجماع فان قيل قوله تعالى مِنْ أَصْلَابِكُمْ يابى ذلك اجاب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنّي لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى اُدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ وقصته ان رسول الله صلعم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلّقها زيد فطعن المشركون وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبنّي بقوله تعالى اُدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهذا مايتعلق من التحريم بالمصاهرة وتحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع مايحرم من النسب وهذا مايتعلق بالرضاع ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح اوبملك يمين وطئا لقوله تعالى وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ على الاطلاق وسرى حكمهما الى كل امرأتين لوفرضت احدٰيهما ذكرا حرمت الاُخرى عليه بعلة قطيعة الرحم سواء كان في النسب اوفي الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سواء كان وطئ الامة اولم يطأها لانه صدر من اهله وهو واضع مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لايمنع نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطأها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة حكما فوطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطئ احدٰيهما حقيقة والاُخرى حكما واعترض عليه بان النكاح لوكان قائما مقام الوطئ حتى تصير المنكوحة موطوءة

حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا بينهما وطئا كما قال به مالك رحمه الله واجيب بان نفس النكاح ليس بوطئ حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير وطئا بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطئ فلا يكون وطئ الامة مانعا عن النكاح ولا يطأ المنكوحة ايضا للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان ذلك الوطئ قائم حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل حكم ذلك الوطئ لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الا ترى انه يحل لزوجها ان يغشاها فيحل له ان يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز ان يطأ المنكوحة لعدم الوطئ جمعا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما قيد بعقدتين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين فلا تستحقان شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية وقوله لان نكاح احديهما باطل بيقين يعني من كانت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ يعني الى تصحيحه في احديهما بغير عينهما لعدم الفائدة وهي حل القربان للزوج لانه لا يثبت مع الجهالة او للضرر يعني في حقهما لان كلا منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان للرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه يؤمر بالبيان ولا يفرق واجيب بان الفارق تمكن الزوج من دعوى ثلث منهن باعيانهن لان نكاح كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح في احديهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفان لانه وجب للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون

دون الاخرى وتقرير كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا وليس احدهما بكونها اولى اولى للجهل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولية فيصرف اليهما * وقوله وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين كان اولا لا يقضى لهما بشيء حتى تصطلحا لان الحق للمجهولة فلا بد من الدعوى او الاصطلاح ليقضى لهما وصورة الاصطلاح ان تقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا فنصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي

قوله ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر رضي الله عنهما كذا في النهاية وذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابو عمر وابو سعيد وعبد الله ابن عمرو وابو امامة وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب رضي الله عنهم وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل فان قيل ما فائدة التكرار لحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين لان المراد من قوله لا تنكح المرأة على عمتها وهو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المرأة وبين عمتها هو عين جمع المرأة بينها وبين بنت اخيها وكذلك الجمع بين المرأة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة السرخسي رحمه الله قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي عليه السلام ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال ولقائل ان يقول في عبارة المصنف رحمه الله تسامح لانه قال وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين

وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى وَاُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذٰلِكُمْ عام وهذا الحديث
يخصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص المقارنة
عندنا اولا وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص
فيجوز ذكره وارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شائع فيكون معناه
يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع في ذلك لا سيّما آية تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان
قوله تعالى وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ نسخ عموم قوله تعالى وَاُحِلَّ لَكُمْ مَاوَرَاءَ ذٰلِكُمْ بتقديره
متأخرا لئلا يتكرر النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور ما تناوله مما ذكرناه ولا بأس بمطالعة
ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتبسين ان كانت القواعد الاصولية
على ذكر منك وقوله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج
بالاخرى ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث الذي كان بحذائه لان الجمع بين المرأة وعمتها
محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود فيما نحن فيه * ولا عليك ان تجعله
ثابتا بدلالة قوله تعالى وَاَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْاُخْتَيْنِ كما قدمته وهو اولى وقوله ولو كانت المحرمية
بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله يحرم من الرضاع الحديث
قوله ولا بأس بان يجمع بين امرأة ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر رح هذا الى ابن
ابي ليلى وقوله والشرط ان يصور ذلك من كل جانب يعني كما كان في الاختين كذلك
لان ذلك هو منصوص عليه وما نحن فيه فرع عليه فيجب ان يكون الفرع على وفاق الاصل
وقد صح ان عبد الله بن جعفر رحمه الله جمع بين امرأة علي رضي الله وابنة اي من غيرها
وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب الجمع **قوله** ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها و بنتها
لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة اولا
وذكر الخلاف قال الشافعي رح الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق
الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا تنال بالمحظور لانتفاء المناسبة الواجبة بين الحكم

الحكم وسببه ولان الوطئ سبب الجزئية وتقريره ان الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع بالجزء حرام اما ان الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطئ فانه سبب للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملاً كما يقال ابن فلان وابن فلانة فتصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وتصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها فان قيل لو كان كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لانها حينئذ جزء الواطئ اجاب بقوله والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها لم تحل امرأة بعد ما ولدت لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة ينتفي بها وذلك حلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته فهو الاصل في حرمة الجزء واستثني موضع الضرورة وهي امرأته وقوله والوطئ محرم من حيث انه سبب الولد جواب عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بمحظور وبيانه ان الوطئ ليس بسبب للحرمة من حيث ذاته حتى تعتبر المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنا وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد اقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة اصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم وقوله ومن مسته امرأة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطئ في اثبات الحرمة كالوطئ في اثباتها قال الفقيه ابو الليث رح تاويل المسئلة اذا صدق الرجل المرأة انها مسته عن شهوة ولو كذبها ولم يقع في اكبر رأيه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا تحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطئ الحرام اذا لم يوجب الحرمة فلان لا توجبها دواعيه اولى اجيب بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مصورة

في الحرام فقط وليس كذلك بل هي في الحلال مثل ان مست امة مولاها كذلك غيرانا
لم نميز بين الحلال والحرام في شمول وجوب الحرمة والشافعي رح في شمول العدم
له في الحلال ماذكر في الكتاب ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق
بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال وكل ماليس في معنى الدخول لا يلحق
بالدخول لان الملحق لابد وان يكون في معنى الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب
داع الى الوطئ والسبب الداعي الى الشيء يقام مقامه في موضع الاحتياط وهذا لانا
وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء في حرمة الابضاع الا يرى انه اقام شبهة البعضية
بسبب الرضاع مقام حقيقتها في اثبات الحرمة دون سائر الاحكام من التوارث ومنع وضع الزكوة
ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعي مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام
ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطئ
ونوقض بان ماذكرتم ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المرأة مقام الوطئ في ثبوت
الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب ان النظر الى الفرج المحرم وهو ما يكون نظرا
الى داخل الفرج بان كانت متكئة وهو لا يحل الا في الملك والظاهر من ذلك انها
لا تكون على هذه الحالة الا في خلوة عن الاجانب فانظر بعد هذا في ان النظر الى
الجمال الحلال في الملك وغيره خلاء وملاء هل يكون في كونه داعيا الى الوطئ دعوة
النظر ذلك اليه اولا لا اراك قائلا بذلك الا مكذبا وعرف المس بشهوة بان تنتشر
الآلة يعني اذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس اوتزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل
ذلك وقوله هو الصحيح احتراز عن قول كثير من المشائخ رحمهم الله قال في الذخيرة وكثير
من المشائخ رحمهم الله لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة ان يميل قلبه اليها ويشتهي
جماعها واختار المصنف قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رح قال في النهاية
هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا اوعنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه

قلبه بالاشتهاء ان لم يكن متحركا قبل ذلك اويزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الآلة وكان لايفتي بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين الذي ماتت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر ظاهر ولومس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتي به شمس الاسلام الاوزجندي رح ووجهه ان مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا توجب زيادة حرمة لاتوجب خللا فيها والذي اختاره المصنف رحمه الله في الكتاب هو اختيار شمس الائمة السرخسي والامام فخر الاسلام وقد نص محمد رحمه الله في باب اتيان المرأة في غير ماتاها من الزيادات ان الجماع في الدبر لايثبت حرمة المصاهرة وكذا النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اي المس بالانزال غير مفض الى الوطئ والمس المفضي اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لايوجب الحرمة بالانزال وهو ان الحرمة عند ابتداء المس بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت لا ان يكون معناه ان حرمة المصاهرة يثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة اذا ثبت لا تسقط ابدا واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن كالطلاق على مال اوثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق موجود على الكمال اذ ليس فيه شائبة الرجوع فلابد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضي القطع بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة وجب الحد* ولنا انا لانسلم انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج والفراش وهو صيرورة المرأة بحال لوجاءت بولد يثبت النسب منه فان هذه كذلك مادامت في العدة ولانزاع في بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا في كونها مرتبة

على النكاح فلو لم يكن النكاح قائما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قائما كان عمل القاطع متأخرا كما في الطلاق الرجعي ولهذا بقي القيد فلو جاز نكاح الاخت في العدة لزم الجمع بين الاختين وهو حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا الوطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ووجهه انا لا نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففي قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكره دليل على انه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطئ في العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا اذ لو كان زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولئن سلمنا ذلك بناءً على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود وهي ما قال ان من طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار ان الملك في حق الحل قد زال فيتحقق الزنا وقوع الوطئ في غير الملك ولم يزل في حق ما ذكرنا من النفقة والمنع والفراش لا بانا اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم بقيام النكاح وقلنا ببقيامه في حق التزوج بالاخت احتياطا في التفادي عن الجمع بين الاختين **قوله** ولا يتزوج المولى امته ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فَانْكِحُوا مَاطَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَآءِ وقوله فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ اَيْمَانُكُم مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا بثمرات مشتركة بين المتناكحين يعني كما انه يجب للزوج على الزوجة حق يقتضي مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطئها وداعيه شرعا والمنع من الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق يقتضي مالكيتها عليه كطلب النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع من العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية فكان النكاح مشروعا لايجاب هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء

ولاخفاء في التنافي بينهما واعترض بانهما من جهتين مختلفتين ولاتنافي حينئذ واجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المرأة مالكة بجميع اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة ولقائل ان يقول المرأة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست مالكة لمنافع بضعه فجاز ان يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المولاة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث اجزائها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي والجواب انا لا نسلم انها لم تملك منافع بضعه فانها تقدر على اتلافه بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا من حيث فرضه مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة القياس من الآية فبانها يعارضها قوله تعالى وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ خاطب الله تعالى المولى بانكاح الاماء لا بنكاحهن فان قيل الآية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع بيان ما يحتاج اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ قال المصنف رحمه الله اي العفائف فسره بذلك احترازا عن قول ابن عمر رضي الله عنهما فانه فسرها بالمسلمات وليست العفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكرها بناءً على العادة بدلالة الفرض ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ فلاخفاء في دلالته على الحل ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد يعني من بعد اسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة قال ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم

يعني عاملوهم معاملة هؤلاء في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهو من يعبد الصنم وغيره واعترض بان اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله سبحانه عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وتدين المصنف رحمه الله جوازه مستدلا بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله تعالى ولتسمعن من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الاستعارة التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونها تعظيم الارباب فان قلت ما نقول في تأويل ابن عمر رضي الله عنه لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات باللاتي اسلمن من اهل الكتاب قلت لسنا نأخذ به لعرائه اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها وقد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذا عن كعب ابن مالك رضي الله عنه **قوله** ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابئة من صبا اذا خرج من الدين وهم قوم عدلوا من دين اليهودية و النصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله

وقوله والخلاف المنقول فيه يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله ان انكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب بما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رحمه الله انهم من اهل الكتاب يقرؤن الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذاً لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال ابو حنيفة رحمه الله جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا * ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز تزويج المحرم وليته على هذا الخلاف * له ما روي عن عثمان ابن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب * ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم وقال ابو عيسى الترمذي حديث ابن عباس رضي الله عنهما حسن صحيح فان قلت النكاح مما تثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم قياسا على الوطيء اذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطيء اي لا يطأ ولا يمكن المرأة ان تطأ كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام في الرق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة تندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من تزوج الامة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزوج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق المقتضي وهو قوله تعالى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَثَ وَرُبَاعَ وقوله وَاُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ وانتفاء المانع الذي ابداه وهو تعريض الجزء على الرق لان فيه

اي في الاقدام على نكاح الامة امتناعا من تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه لانه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المرأة او بتزوج العقيم والعجوز فلان يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعي رح يجوز ذلك للعبد وقال مالك رحمه الله يجوز برضى الحرة وجه الشافعي رحمه الله ان تزوج الامة ممنوع لمعنى في المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق مع الغنية عنه وهو لا توجد في حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه مالك رح ان المنع لحق الحرة فاذا رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكر محمد بن الحسن رح في مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأي في مقابلة النص غير معتبر فان قيل جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضي على ما تلوتم فهلا جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هناك لوجود المقتضي وانتفاء المانع وههنا وان كان المقتضي موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذي اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ولا علينا ان نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذي يبتني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنساء جميعا فكما ينتصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المرأة لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها بنقصان العدد لان المرأة الواحدة لا تحل الا للواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متأخرة عنها وهذا

وهذا المعنى وهو بطلان التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعي مانع عن العمل باطلاق المقتضي فتأمل فانه غريب ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات لعدم التنصيف في حقها فجاز العمل باطلاق المقتضي عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره في الكتاب ظاهر ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة في عدة اختها من طلاق بائن فانهما لم يجوزاه كابي حنيفة رحمه الله وقالوا في الفرق لهما ان المحرم هناك الجمع فاذا تزوجها في عدة اختها صار جامعا بينهما في حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكاحهما ولكنه باعتبار ادخال ناقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة ولقائل ان يقول نكاح الاولى قائم ما دامت في العدة اولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثاني فتلك المسئلة وقد نقل في النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره

قوله وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء او منهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يتزوج اكثر من ذلك قال الله تعالى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَثَ وَرُبَاعَ نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من باب تخصيص الشيء بالذكر وذلك لا يدل على نفي الحكم عما عداه فتثبت الزيادة بقوله تعالى وَاُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذٰلِكُمْ سلمنا انه عدد لكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ومني ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه صلى الله عليه وسلم نص على العدد مع كلمة الحصر والجواب عن الاول انه بحسب الاصل من الاعداد

وان استعمل وصفا وعن الثاني بان معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لما ان الواو للجمع واجيب بان هذا الوهم هو الذي اوقع الرفضة عليهم اللعنة في التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اختصاصه بذلك بفضيلة النسوة ازاد يادهم عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد بمثل هذا الكلام احد هذه الاعداد قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من العي في الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح ان رسول الله صلعم فرق بين غيلان الديلمي وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد في عصر النبي عليه السلام ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين الاكثر من اربع نسوة نكاحا وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج امة الا واحدة لانه اي نكاح الامة ضروري في حق الحر عنده كما تقدم والضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلونا يعني قوله تعالى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ فان اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما في الظهار فان آيته مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع فلو لم يكن بمنزلة الحر في حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه كما ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف على ما سيجيء في الطلاق كما وعده المصنف رحمه الله فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وتملكه اصل النكاح لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها تملك طلب القسم وينصف قسمها وقوله فان طلق الحر طاهر **قوله** فان تزوج حبلى من الزنا

الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب اولا فان كان الاول فالنكاح
باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابوحنيفة ومحمد رحمهما الله جاز النكاح
ولا يطأها حتى تضع حملها وقال ابويوسف رحمه الله النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل
اي في الحمل الثابت النسب انما كان لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه
ولهذا لم يجز اسقاطه فالحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت النسب بعلة حرمة
الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ وكل من كانت
كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص
قلت لمكان قوله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ فان قيل لو كانت
من المحللات لحل وطئها بعد ورود العقد عليها اجاب بقوله وحرمة الوطئ كيلا يسقي
ماءه زرع غيره وحرمة الوطئ لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد النكاح كما في حالة
الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف رحمه الله
وتقريره لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني
وقوله فان تزوج حاملا من السبي صورته ان تسبى الحربية حاملا فيريد السابي ان يتزوجها
لا يجوز ما لم تضع الحمل لان النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب
الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح
باطل لانها فراش لمولاها لوجود حده وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها
وكل من كانت فراشا للشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه
سبب الحرمة في المحصنات من النساء فان قيل لو كانت فراشا لبطل نكاحها وان لم تكن
حاملا ايضا اجاب بقوله الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فكان
فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش
فعند اجتماعهما يحصل التاكيد فان قيل اذا كان غير متأكد ينتفي الولد بالنفي من غير لعان

وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية له ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم واجيب بان هذه دلالة والدلالة انما تعمل اذا لم يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه وانما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان المراد بالفاسد هناك الباطل ايضا على ما ذكره فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع والتوالد والتناسل ولا حاجة الى عقد لا يتضمن المقاصد ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين اهون اما في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر واما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال الشارحون رحمهم الله يعني عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير وانما ذكره المصنف رحمه الله فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح في فتاوى الولوالجي الاستحباب واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان الوطئ حراما فاذا احتمل ذلك يثبت التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جواز الاقدام على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من حبل زان والحكم

والحكم بجواز النكاح في مثاله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شاغل محرم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب وانما قدم الاستحباب وكان حقه التأخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهمّ واما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء فيه واجب * ومن تذكر ما سبق من المسائل يفطن لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف رحمه الله استغناءً عنها بما تضمن كلامه فيما سبق وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد رحمه الله صورة النزاع على الشراء بالفارق وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والا لكان حكما بما لا يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله وكذا اذا راى امرأة تزني ظاهر وقيل ينبغي ان لا يحل لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان احتمال وجود الحمل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوى الاصالة ههنا بعدم حرمة صاحب الماء **قوله** ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامرأة اتمتع بكِ كذا مدة بكذا من المال اويقول خُذي هذه العشرة لاستمتع بكِ اياما او متعيني نفسكِ اياما او عشرة ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك رحمه الله هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه لانه كان مباحا بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع الصحابة رضي الله عنهم وبيان ذلك انه وردت الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روى محمد بن الحنفية رحمهما الله عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه ان منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث ربيع ابن ميسرة رضي الله عنهما قال احلّ رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة عام الفتح ثلثة ايام فجئت مع عم لي الى باب

امرأة ومع كل واحد منا بردة وكانت بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امرأة كانها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شابي والى بردتي وقالت هلا بردة كبردة هذا او شباب كشباب هذا ثم آثرت شابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم ينادي الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على ان المتعة قد انتسخت في حيوة النبي عليه السلام فكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهراً لان نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس رضي الله عنهما مخالفا اجاب بقوله وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم روى جابر ابن زيد ان ابن عباس رضي الله عنهما ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك رحمه الله نظر فانه يروى الحديث في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي ابن ابي طالب كرم الله وجهه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة واقول يجوز ان يكون شمس الائمة الذي اخذ منه المصنف رحمه الله قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل عنده لجواز ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المصنف رحمه الله في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود لفظ يشارك المتعة في الاشتقاق كما ذكرنا آنفا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج او النكاح وان تكون المدة معينة وقال زفر رح هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه

انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة والعبرة فى العقود للمعاني دون الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن زياد رحمهما الله انهما ان ذكرا من الوقت ما يعلم انهما لا يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه في معنى التأبيد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ووجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتكِ للنكاح ومقتضاه التأبيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل للمتعة فاذا قال الى عشرة ايام عين التوقيت جهة كونه متعة معنىً وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه المسئلة بما اذا شرط وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق بينها وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا والشرط باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو فى النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة **قوله** ومن تزوج بامرأتين في عقد واحد هذه المسئلة من الاصل اي المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع تأتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثليهما يعني اذا كان المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثليهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل المسمى بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا احدهما فلا يلزمه الا حصته كما لو خطب امرأتين بالنكاح على الف فاجابت احدهما دون الاخرى ولابي حنيفة رحمه الله ان ضم ما لا يحل الى ما يحل فى النكاح كضم الجدار الى المرأة فيه في ان كل واحد منهما ليس بمحل

للنكاح ولو فعل ذلك اذا لم تكن محلا للنكاح اصلا وسمى كان المسمى كله للمرأة فكذلك
ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا خطبهما بالنكاح لانهما قد استويتا في الايجاب حتى
لواجازتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل بالمساواة في الايجاب فان قيل اذا لم تكن
محلا للنكاح اصلا ولم تدخل تحت العقد وجب ان يحد ان دخل بها ولا يحد عنده
اجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها
هذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء بان قضاء القاضي بشهادة الزور
في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة رحمه الله ينفذ ظاهرا وباطنا ومعنى نفوذه ظاهرا نفوذه
فيما بينا لثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه باطنا ثبوت الحل
عند الله تعالى واما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع واما
في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان في رواية الحقها بالاشرية والانكحة
من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي اخرى الحقها بالاملاك المرسلة
وماذكره في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود
كذبة والخطاء في الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار * ولابي حنيفة
رحمه الله ان الشهود صدقة عند القاضي لان الفرض انه لم يطلع على شيء مما يجرحهم
ومثل هذه الشهود هو الحجة المعتبرة في الشرع لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك
امر باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما امكن القضاء اصلا واذا وجدت الحجة
الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر بالامارات
فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات مالم يكن والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء
باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني يقدم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء
كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينكما بذلك قطعا للمنازعة فيحل له ان يطأها لئلا ينازعها
في طلب الوطيء ثانيا وسألني بعض اذكياء المغاربة حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين

واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته بقولهم هذا قطعا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطئ فليطلقها فانه مخلص عن المنازعة مع البراءة عن عهدة وطئ لم يسبقه محلل فقلت أتعني بالطلاق طلاقا مشروعا اوغيرمشروع لا سبيل الى الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما ما في هذه المسئلة رواية علي رضي الله عنه فانه روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما فقالت المرأة ان لم يكن بدّ يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي رضي الله عنه شاهداك زوّجاك ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع من العقد عن طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا وكان ذلك منه قضاءً بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله صلّى الله عليه وسلم لا نكاح الّا بشهود اجيب بان بعض مشائخنا رح ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وآخرين منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى لا تراعى شرائطه التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله أعتق عبدك عنّي بالف درهم وهو الجواب عن سقوط الايجاب والقبول وقوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان ادعى ملكا مطلقا في الجارية اوالطعام من غير تعيين شراء اوارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا بالاتفاق حتى لا يحل للمقضى له وطؤها لان في الاسباب تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بتصريد المدعى عليه عن المدعى وذلك نافذ منه ظاهرا فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشاء جديد فليس بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح لان طريقه متعين من الوجه الذي قلنا فيمكنه اثباته وتنفيذه *

باب الاولياء والاكفاء

اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا شرطي النكاح لان حل محل النكاح شرط جواز بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى بالتقديم وتحرير المذاهب على ما ذكره في الكتاب واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كابي يوسف رحمه الله في غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي رحمهما الله فما قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما اذا اذن لها الولي كما اختاره محمد رحمه الله فان الخلل ينجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل تعليل ان لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان يأذن الولي اولا غير دافع لانتفاء المطابقة واما وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز بلا خلاف فان قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن كفؤا في رواية قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله فالجواب ان المراد بخالص حقها ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا معتبر بالعارض من لحوق العار بالاولياء فان قلت هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد اما الكتاب فقوله تعالى فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ نهى الولي عن العضل وهي المنع وانما يتحقق منه المنع اذا كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج

عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايّة امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل فالجواب ان الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم عن منعهن عن النكاح فدل على انهنّ يملكنه وان قوله فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ وقوله حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وقوله أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ يعارضها واما الحديث فساقط الاعتبار لان ابن جريج سأل الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان عايشة رضي الله عنها عملت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن بن المنذر بن الزبير وذلك يدل على نسخه ولانه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم لمرأة لازوج لها بكرا كانت اوثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وقوله انما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت في خالص حقها فلمَ امر الولي بالتزويج اذا طالبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها ووجهه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفوء يعني اذا لم تلد من الزوج واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية ولكن في مبسوط شيخ الاسلام واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفوء فعلم الولي بذلك وسكت حتى ولدت اولادا ثم بدأله ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضى في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي و قوله وعن ابي حنيفة و ابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز في غير الكفوء يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة رحمه الله وهذا اقرب الى الاحتياط فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل

قاض يعدل وهو معنى قوله لانه كم من واقع لايرفع ويروى رجوع محمد رحمه الله الى قولهما يعنى لاينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا يتوقف على الاجازة **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو مذهب ابن ابي ليلى * له ان الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اي ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها بغير امرها * ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام في الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها ولاية * قوله والولاية على الصغيرة جواب عن قياسه على الصغيرة بالفارق وذلك لان الولاية على الصغيرة انما كانت لقصور عقلها وفيما نحن فيه ليس بموجود لانه تدكمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب وصار الاجبار عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار كالتصرف في المال اي في مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه * قوله وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحيي عن قبض صداقها وان الاب هو الذي يقبض ذلك لتجهيزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها بهما الى بيت زوجها فكان ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة تبطل بصريح يخالفها * قوله واذا استأذنها الولي ظاهر * وقوله وان فعل هذا يعني الاستيمار والاستيذان فاستأذن غير ولي وهو الاجانب او قريب ليس بولي بان كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كاستيذان الاخ مع وجود الاب لا يكون رضى حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء * قوله ولو وقع اي السكوت دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله في الدلالة الحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء لانه فضولي او في حق ولي غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول

رسول الولي لانه قائم مقامه وقوله وتعتبر في الاستيمار لتسميته يعني اذا استأمر فلا بدّ ان يسمي الزوج على وجه تعرفه اما اذا ابهم وقال اني ازوجك فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتأخرين لا بدّ من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكره لان النكاح يصح بدونه فلا يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد بن مقاتل رح يقول اذا استأمرها قبل العقد فسكتت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتمّ العقد لان الحاجة ههنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس في معنى المنصوص عليه فان السكوت عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع فلا يلزم النكاح بمجرد السكوت لكنّا نقول هذا في معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار جوابين لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذي يحول الحياء بينها وبينه وهو نعم لما فيه من اظهار الرغبة في الرجال وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف وقوله ثم المخبر ان كان فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان من حقوق العباد فهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والاشرية والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتي نحن فيها واخواتها كعزل الوكيل وحجر المأذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها والاول يشترط فيه العقل والعدالة والضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثاني يشترط فيه التمييز دون العدالة والثالث ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لم تشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو اخبرا الغير بنسبه لم تشترط فيه العدالة فكذا ههنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة

عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هو نظير القسم الثاني في اشتراط ان يكون المخبر مميزا سواء كان عدلا او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة وهو يقتضي القول من الجانبين وقد وجد النطق من الولي بالسؤال فلا بد من النطق منها في الجواب وقيل المشاورة عبارة عن طلب الرأي بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق في النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يعد عيبا لم يكن بمعنى النطق في البكر لانه يعد منها عيبا واذا لم يكن في معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضى لتوفر الحياء فان عايشة رضي الله عنها لما اخبرت ان البكر تستحيي قال صلى الله عليه وسلم سكوتها رضاها والحياء في الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها * واذا زالت البكارة بوثبة وهو الوثوب من فوق او حيضة او جراحة او تعنيس الجارية بمعنى عنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج فهي في حكم الابكار في كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هي من يكون مصيبها اول مصيب وهذه كذلك مشتق من الباكورة وهي اول الثمار ومن البكرة وهي اول النهار ورد بانه لو كان كذلك لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زائلة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة على ما قلتم لكن له ان يردها واجيب بان الرد باعتبار فوت وصف مرغوب فيه وهو العذرة لا لكونها غير بكر * ولان النطق سقط للحياء وهو موجود ههنا لانها تستحيي لعدم الممارسة * ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيبها عائدا اليها مشتق من المثوبة وهي الثواب وانما سمي بها لانها رجوع اليها في العاقبة او من المثابة وهو الموضع الذي يثاب اي يرجع اليه مرة بعد اخرى او من التثويب وهو الدعاء مرة بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا يكتفى بسكوتها ولابي حنيفة رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا

بكرا وتقريره ان الشرع جعل السكوت رضى بعلة الحياء على ما روينا من حديث عايشة رضي الله عنها واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وههنا قد وجدت لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها وفي بعض النسخ فيعيرونها بالنطق فتستحيي فتمتنع عن النطق فكانت العلة موجودة فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط ما قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص عليها لا تعليل في مقابلته فان قيل لانسلم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم الطبيعة وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس من افراده حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا الحياء اشد لان في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهور فاحشتها فكان كالضرب من التأفيف فيلحق به وقوله بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة اونكاح فاسد لايكون اذنها سكوتها لعدم الحياء ثمّ لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم العدة والمهر واثبات النسب اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لواشتهر حالها باقامة الحد عليها اوبصيرورته عادة لايكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا لانها داخلة تحت اسم البكر في لسان الشرع وهو قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا قول بعض المشائخ رحمهم الله وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض بناءً على ان السكوت عدم الكلام ولاشك في تقدمه على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة فانه لايعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض فكان القول قول من يدعي السكوت **قوله** ونحن نقول ظاهر وحاصله انا نعتبر الانكار المعنوي وزفر رحمه الله يعتبر الانكار الصوري وقوله بخلاف جواب عن قياس زفر رحمه الله ووجهه انا نجعل القول

لمن يشهد له الظاهر واللزوم قد ظهر بمضي المدة ولهذا كان القول للساكت وان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه قال المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فاقامت بينة انه لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا مما يحيط به علم الشاهد لما انه لو قاله لسمعه الشهود * وان اقاما البينة قال الامام التمرتاشي بينتها اولى لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقامها على انها اجازت او رضيت حين علمت حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباته اللزوم وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك رحمه الله وليهما الاب ليس الا حتى لو زوجهما الجد عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا فان كانت ثيبا لا ولاية عليها حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج الست الصغيرة الاب او الجد كرها لا ينعقد النكاح ووجه قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة في الصغير والصغيرة فلا ولاية عليهما غير ان ولاية الاب تثبت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر رضي الله عنه زوج عايشة رضي الله عنها من النبي صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين وصحح النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يقاس عليه غيره وهو الجد فلا يلحق به دلالة لانه ليس في معناه لان الولد جزء للاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لا نسلم ان الولاية على الجزء على خلاف القياس بل هو موافق له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل

من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا تتوفر الا بين المتكافيين عادة ولا يتفق الكفؤ في كل وقت فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازاً للكفؤ لكل من يتأتى منه الاحراز اباكان اوغيره ووجه قول الشافعي رحمه الله ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا اي ولقصور شفقته لايملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى كان اولى * ولنا ان الولاية للنظر وهو موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فان النظر فيهما لم يثبت الا من القرابة غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا وقصورا لقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيدة من القصور ممكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا قد اوقع خللا لقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم وقد يغيب بعضهم ولا يمكن توقيف ذلك كله الى وقت البلوغ فلا تفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المناكحين فانهما ثابتان من غير تكرار غالبا فكان التدارك بالتوقيف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي رحمه الله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي وتقريره ان الرأي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية وهو الحاجة قد تحقق للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوافرة واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نسلم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة لها واذا لم يكن الثيابة سببا لحدوث الرأي لا يصلح مدارا واما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه فجاز ان يكون

مدارا فكلما يثبت الصغر تثبت الولاية ثم الذي يؤيد كلا ما فيما تقدم يعني من اطلاق
الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله صلى الله عليه وسلم
النكاح الى العصبات من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا
بالاب والجد بجامع داعية القرابة ولهما ان قرابة الاخ ناقصة حصص الاخ ليعلم به حكم
سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد وقوله فيتطرق الخلل الى
المقاصد يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من سوء الخلق وحسنه
ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقصيرها وهذه المقاصد اهم
من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته ربما
لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله واطلاق الجواب في غير
الاب والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله
فان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله وهو الصحيح احترازعما روى
خالد بن صبيح عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي
لان له الولاية في المال والنفس فكان في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره
في الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام ونقصان الشفقة في الآخر يعني
القاضي الا يرى ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم واذا ثبت لهما الخيار
في تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى **قوله** ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ
القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا
اي ولتمكن الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية
ممكن كذلك في حق الغلام واذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما
اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما
خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج قبل عتقها كان يملك عليها

عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها ان تدفع اصل الملك في ضمن مالها من دفع الزيادة واعترض بان دفعها ماعليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب الزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة عالما بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير ضائر بخلاف الامة فانها لم ترض بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرضي فكان ضائرا فاذا اجتمع الضرر الضائر وغير الضائر يدفع الضائر دون غيره وقوله ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف رحمه الله لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج غير الاب والجد وحاصل ما ذكره ههنا امور تقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذلك خمسة الاول ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح وسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن عالمة فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على خيارها لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت الخيار لها اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة وقوله

ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل رضيت او يجيء منه بالجزم ما يعلم انه رضى وان كان جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ فكذلك وان كانت بكرا يبطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان الصغيرة البكر اذا ادركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فيبطل خيارها والغلام والجارية الثيب اذا استؤمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضى بل لا بد من الرضاء صريحا او دلالة فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى بل لا بد من ذلك وقوله وخيار البلوغ تفريع آخر على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره ان خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان في حق الثيب خاصة وتقريره ان خيار بلوغها لم يثبت باثبات الزوج وهو ظاهر وما لم يثبت باثبات الزوج لا يقتصر على المجلس فان التفويض هو المقتصر على المجلس كما سيجيء وقوله بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام وتقريره خيار البلوغ يثبت لعدم الرضاء لتوهم الخلل وما ثبت لعدم الرضاء يبطل بالرضاء لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع منافيه غير ان سكوت البكر رضى دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق يثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت له الخيار وكل خيار يثبت باثبات غيره اقتصر على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون

للمخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تحسن هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى ذلك بقوله غير ان سكوت البكر رضى يعني والرضاء يسقط خيار البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر فيه المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفائدة تظهر في شيئين احدهما انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا بخيار العتق لما بينا انه يصح من الانثى وقوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى آخر المسئلة **قوله** ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء اما الى الصبي والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفؤ واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر على مسلمة يعنى الولاية الشرعية ولا معتبر بالحسية منها وقوله ولغير العصبات من الاقارب يعني كالاخوال والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل النكاح بينه وبين المرأة كابن العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة عصبة من العصبات ثم عند ابي حنيفة رحمه الله بعد العصبات الام ثم ذو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالات ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط تزويج الصغائر في عهدة منشوره اما اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد رحمه الله لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف رحمه الله في ذلك مضطرب ذكره مع ابي حنيفة رحمه الله في كتاب النكاح ومع محمد رحمه الله

في كتاب الولاء وقوله لهما ماروينا يريد به قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات
عرف الانكاح باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس
فلا يكون لغيره فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفؤ والصيانة الى العصبات
ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو
المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز
اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله الانكاح الى العصبات اذا وجدت العصبات
والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الرأي * والقول
بتوريث ذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى
وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ ولكون التوريث مبنيا على الولاية وقوله واذا عدم الاولياء
يعني على الوجه المذكور فالولاية الى الامام والحاكم لقوله صلى الله عليه وسلم
السلطان ولي من لا ولي له واما الحاكم وهو القاضي فانما يملك الانكاح اذا كان
ذلك في عهدة منشوره كذا في فتاوى قاضيخان وقوله فاذا غاب الولي الاقرب يعني
الاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك
وقال الشافعي رحمه الله يزوج السلطان لزفر رحمه الله ان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت
حقا له صيانة للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها والحق القائم لشخص لا يبطل بالغيبة ولهذا
لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق واذا كانت الولاية للاقرب في غيبته قائمة لا يكون للابعد
ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه وكلتا
المقدمتين ظاهرة ففوضناه الى النظر الى الابعد وقوله وهو مقدم على السلطان اشارة
الى جواب الشافعي رحمه الله كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل الى السلطان
بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول زفر رحمه الله
ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لانسلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة

القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ فلا يرد يعني اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر وقوله وهو اختيار بعض المتأخرين منهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام ابو علي النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة وسعد بن معاذ المروزي وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام ناصيحان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه تكون غيبة منقطعة وقوله لانه اوفر شفقة من الابن بدليل ان ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب عن محمد رحمه الله *

فصل في الكفاءة

لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان عدمها يمنع الجواز ويمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى ان يذكرها في فصل على حدة والكفاءة بالفتح مصدر والاسم منه الكفؤ وهو النظير من كافاه اذا ساواه فهي معتبرة في النكاح قال صلى الله عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر رض ولان انتظام المصالح بين المتكافيين عادة والنكاح شرع لانتظامها ولا ينتظم بين غير المتكافيين لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لانه مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن انفسهم يعني ما لم تلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففي القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون نهيا وهو يقتضي المشروعية عندنا ثم الكفاءة تعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية

والدين والمال والصنائع اما النسب فلانه يقع به التفاخر وكان سفيان الثوري رضي الله عنه يقول لا تعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تأيد ذلك بقوله تعالى إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ولنا قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي الاعاجم لان العتقاء لما كانت غير عرب في الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي اكفاء بعضها لبعض رجل برجل والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير اعتبار الفضيلة بين قبائلهم الا يرى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج بنتيه عثمان رضي الله عنه وكان من بني عبد شمس وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر فيهم بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة رضي الله عنهم بالانساب وانتهى الامر اليه ابي الاسلام لا اب لي سواه وقوله وعن محمد رحمه الله الا ان يكون يعني قال محمد رحمه الله لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قريشية من اولاد الخلفاء قريشا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض قال المصنف رحمه الله كأنه يعني محمدا رحمه الله قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة وقوله وبنو باهلة باهلة قبيلة من قيس ابن غيلان وهي في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت معد بن اعصر بن سعيد بن قيس بن غيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد عربي والاعرابي واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم

لانهم معروفون بالخساسة لانهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون طعام الميتة ويأخذون الدسومات منها قال قائلهم (شعر) فلا ينفع الاصل من هاشم * اذا كانت النفس من باهله * وقوله واما الموالي ظاهر وقوله كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم ابيه تحصل به التعريف عند ابي يوسف رحمه الله ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لابد من ذكر الجد وقوله ومن اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفؤ لمن له آباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسيب كفؤ النسيب آخر اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يعده كفؤا له والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير الكفاءة في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفؤا لمن هي حرة الاصل وكذلك المعتق لا يكون كفؤا لها والمعتق ابوه لا يكون كفؤا لمن لها ابوان في الحرية لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة نسبه وروي عن ابي يوسف رحمه الله ان الذي اسلم بنفسه او عتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤا له **قوله** وتعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وتعتبر ايضا الكفاءة في الدين وهي التقوى والحسب والصلاح وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا يكون الا في الدين بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه اي الدين بمعنى الديانة من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب فلما كان النسب معتبرا فيها كانت الديانة اولى بالاعتبار وقوله وابو يوسف رح

رحمه الله معه هو الصحيح اي قران قول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله حتى تكون الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى عن ابي يوسف رحمه الله انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروة يكون كفؤا قالوا في شرح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس وقال محمد رحمه الله لاتعتبر الكفاءة في الديانة لانه من امور الآخرة فلاتبتني عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه حينئذ لا يكون كفؤا لامرأة صالحة من اهل البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصنع وتعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا رحمهم الله حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفؤا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا ليس مطالب له فلا يسقط الكفاءة وقوله وعن ابي يوسف رحمه الله هو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف رحمه الله انه قال الكفؤ هو الذي يقدر على المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفؤ قلت فان ملك النفقة دون المهر قال يكون كفؤا قال الصدر الشهيد رحمه الله في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل والتأجيل ويعد المرء قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسار الاب لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الدارة وقوله واما الكفاءة في الغنى فمعتبرة ظاهر وقوله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفؤ العطار وفي رواية قال الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الروايتين على ما ذكره في الكتاب واضح **قوله** واذا

واذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها اذا تزوجت المراءة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك قال المصنف رحمه الله وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه المسئلة على هذا الوجه انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه فانه لولم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض واقول هذا انما يستقيم ان لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزوج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد رحمه الله الاول وكذلك لو اكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولي فليس له ذلك في قول محمد رحمه الله الاول فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد رحمه الله الى قولهما والوجه من الجانبين على ماذكره في الكتاب واضح وقوله فاشبه الكفاءة يعني في تعيير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا الى رخص الصداق دون ترك الكفاءة وكذلك النبي صلى الله عليه وسلم لم يضع بناته في غير الاكفاء وزوجهن بادنى الصداق فانه مازاد على اربع اواق ونش اي نصف اوقية ومهورهن كانت فوق مهور سائر النساء لان الزيادة بقدر الشرف ولم يزل الشرف كان بقريش فلا مشابهة بينهما والجواب ان وجه التشبيه ماذكرناه من تعيير الاولياء وهو وصف مؤثر في الباب واما ان لايكون بين المشبّه والمشبّه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترطه احد من ذوي التحصيل وقوله بخلاف الابراء بعد التسمية جواب عن قولهما كما بعد تسميته وذلك لان الاولياء لا يشتغلون باستيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللوم في العادات وقوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى هذا الكلام انه لايجوز العقد بيانه ان هذا الكلام وهو قوله وقالا لايجوز الحط والزيادة الابما

يتغابن الناس فيه ظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوجها على خمر او خنزير وهو قول بعض مشائخنا رحمهم الله وقال آخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمصنف رحمهم الله لان الولاية متقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا حط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش او اشترى باكثر منها بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر تقريره النظر والضرر في هذا العقد باطنان لكن النظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهي موجودة ههنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا ان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والعرائس فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون فكان الضرر والنظر باطنين فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شئ يجبر به خلل الغبن الفاحش حتى يقع التردد بين النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل الدالّ على النظر معدوم وقوله ومن زوج ابنته نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر *

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولي عليه ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله ويجوز لابن العم صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر والشافعي رحمهما الله لاشتراكهما في معنى وهو ان الواحد

الواحد لايكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي رحمه الله الولي لان مذهبه فيه كمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وبناه على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من هو كذلك لايمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لاتمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لاترجع اليه لانه سفير لامباشر بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام الاثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلايحتاج الى القبول وقوله وتزويج العبد والامة ظاهر وقوله وله مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا آخر او وكيلا او اصيلا وقوله لان العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هي الحكم والاسباب والعلل وسائل اليه والفضولي لايقدر على اثبات الحكم والا لجاز للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لايخفى واذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا * ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهي الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من المحرمات ولاضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد موقوفا فان رأى فيه مصلحة نفذه والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تأخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه متراخ الى سقوط الخيار وقوله من قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين ان الاولى لامجيز لها فلايتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز وقوله وهذا اي مجموع ماذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا زوجت نفسها فبلغه يعني بغير مجيز فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا

ستّ مسائل ثلث منها تتفق على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل منه فضولي آخر او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غائبة فاجابه فضولي او قال زوجتها منك او قالت المرأة زوجت نفسي من فلان الغائب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول الثلثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف احدها ما ذكر او لا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة زوجت نفسي من فلان وفلان غائب ولم يقبل عنه آخر والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان وهما غائبان ولم يقبل احد فعلى قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغائب وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا وعلى قوله آخرا يتوقف هو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مأمورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا يتوقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق والاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر ويبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير كلامين وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واختاه اي الطلاق على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يحتمل الرجوع واليمين تتم بالحالف فكان عقدا تاما وانما قال من جانبه لان الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء وقوله

وقوله ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين لا يخلو اما ان يكون التوكيل بامرأة معينة او غيرها والثاني مسئلة الكتاب وهو على ما ذكره واصح وكان ابويوسف رحمه الله يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور ممتثل امره في احديهما ولا يبعد ان تكون احديهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق وفي الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للامر به وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امره امير قيده بالامير وحكم غيره كذلك قال الامام المحبوبي رحمه الله وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امة او حرة عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما ما قيل قيده بذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فلان لفظ امرأة مطلقا يقع على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امرأة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج بالاكفاء قال الكسائي رحمه الله دلت المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما كذا ذكره في الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم يستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الاماء للتسهيل او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة يقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح مقيدا لاطلاق اللفظ لان اطلاق

النط تصرف لعطي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يردان عليه
وقوله وذكر يعني محمدا رحمه الله في وكالة الاصل اشارة الى ماذكرنا من استحسان الكفاءة
عندهما في الوكالة كما ذكره في الكتاب وهو واضح *

باب المهر

لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد
فكان حكماله والمهر هو المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع
امابالتسمية اوبالعقد وله اسامي المهر والصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف
لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال الله تعالى فَانْكِحُوا والنكاح لغة لا ينبئ الا عن
الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين ولو شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر
واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا
يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف المحل فلا يحتاج الى
ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى فلا بد من دليلها قلت دل عليه قوله تعالى
لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَالَمْ تَمَسُّوهُنَّ اَوْتَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيْضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ حكم
بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك
ذكره لا يمنع صحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لامهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام
فيتم بالزوجين وقوله وفيه اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لامهر لها خلاف مالك رحمه الله
يعني انه لا يجوز قال لانه عقد معاوضة ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوضه كالبيع
بشرط ان لاثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك التسمية وشرط ان لايكون مهرا اذ القياس
على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن مسعود رضي الله عنه في المتعة كما
سيجيء قلنا دلالة حديث ابن مسعود رضي الله عنه على جواز ان ينفي المهر كدلالته

كدلالته على جواز ترك ذكره لان مايكون عوضا بشرط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا ويكون التقدير اليها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ولا مهر اقل من عشرة دراهم انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من اوجه الاول انه خبر واحد فلا يجوز تقييد اطلاق قوله تعالى اَنْ تَبْتَغُوا بِاَمْوَالِكُم به لانه نسخ الثاني انه معارض بقوله صلى الله عليه وسلم بما روي ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وبه اثر صفرة فاخبره انه تزوج فقال صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال صلى الله عليه وسلم اولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان امرأة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال صلى الله عليه وسلم هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي الا ازاري فقال صلى الله عليه وسلم فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا قال صلى الله عليه زوجتكها بما معك من القرآن الثالث ان هذا الحديث متروك العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق وان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض * والجواب عن الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قَدْ عَلِمْنَا

مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ لان الفرض بمعنى التقدير فكان المراد باموالكم في قوله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مالا مقدرا وبين الحديث مقداره وهذا لان كل مال اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوة والكفارات وغيرهما فكذلك المهر وعن الثاني بان الحديث يدل على ما يعجل بالسوق اليها اما في حديث عبدالرحمن فلانه مصرح به واما في الحديث الآخر فلانه امر ذلك الرجل بالالتماس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وانما كلامنا في الذي ثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان عايشة رضي الله عنها عملت بخلافه ولو لم تعرف نسخها ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث وجوبه عملا بقوله تعالى قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ على ما عرف في الاصول وكان ذلك لاظهار شرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو محترم فلان يتلف به منافع بضعها كان اولى ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه كما في تسمية الخنزير وهو القياس وجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية اما لحق الشرع فقد صار مقضيا بالعشرة واما باعتبار ان العشرة في كونها صداقا لا يتجزى فذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله كما في اوصاف النكاح التي نصفها صح في جميعها واما لحقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون العشرة رضى بالعشرة واما باعتبار انها برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق الشرع على ما قررنا فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط لعدم الولاية عليه وقوله ولا معتبر بانعدام التسمية جواب عن قوله كانعدامه يعني ليس هذا القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون عدم التسمية دليلا على الرضاء بالعشرة فلذلك لا يجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف

بخلاف الرضا بما دون العشرة فانه رضي بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجب المتعة عنده كما اذا لم يسم شيئا وقوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام مقامه من الخلوة الصحيحة وبالموت اما الدخول فلانه يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتأكد تسليم البدل وهو المهر كما في تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد وبتسليمه يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بتقبيل ابن الزوج والارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته حيث لم يبق قابلا للدفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن تقريرها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح واما الذي يقوم مقام الدخول فهو الخلوة الصحيحة ويعلم حكمه من قوله فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ وهو نص صريح في الباب فيجب العمل به وقوله والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم اقالا ووجهه ان الاقيسة متعارضة قياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل المهر لانه فوت ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من اوجه الاول ان القياس لا وجود له على مخالفة

...لا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد بايهما شاء واجيب من الاول بان ذكر معارضة القياس هٰهنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما ولمخالفة كل منهما النص فصار كانه قال موجب العمل علينا بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو خلينا مجرد القياس وعملنا به على وجه العرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه لما لم تكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل العرض والتقدير لا يرد ما في التعارض هذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله وشرط ان يكون قبل الخلوة قد ظهر معناه مما تقدم

قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا حيز المفوضة والتي شرط في نكاحها ان لا مهر لها فلها مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا لو ماتت وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول * له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء * ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع كما مر وانما يصير حقها حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي اذ الاصل ان تلاقي التصرف ما تملكه دون ما لا تملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا وذكر بكلمة على وهذه المتعة واجبة عليه عندنا رجوعا الى الامر وغيره وفيه خلاف مالك رحمه الله فانها عنده مستحبة في جميع الصور لان الله تعالى سماها

سماها احسانا بقوله تعالى حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او نصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد بقوله مَتِّعُوهُنَّ والمراد به هذه المتعة الواجبة فكيف ينصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ وَمَتَاعًا وحَقًّا وكلمة على في قوله عَلَى الْمُحْسِنِينَ كلها تقتضي الوجوب وتأكيده فاما ان تبطل ذلك كله لاحل لفظ الاحسان او تأوله لا اراك تعدل عن التاويل فنأوله بان معناه على المحسنين الذين يقيمون الواجب ويريدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها درع وخمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القزوان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقدير العدد مروي عن عايشة وابن عباس رضي الله عنهما وذلك لان المرأة تصلي في ثلثة اثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل او نصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله هو اختيار ابي بكر الرازي رحمه الله عملا بالنص وهو قوله تعالى عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ اي على الغني بقدر حاله وَعَلَى الْمُقْتِرِ اي على الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل اولا فان كانت زائدة فلها نصف مهر المثل لان مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى خلفه وهو المتعة فلا يزاد على نصف مهر المثل وان لم تكن فاما ان تكون مساوية له اولا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم اولا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة خلف ولا مهر اقل عن عشرة دراهم فلا متعة اقل

من جهته وان لم تكن فلها المتعة عملا بالنص فان قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل ففيما ذكرتم تقييد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهره مهر المثل بيان لذلك المقدر المجمل وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا مهر اقل من عشرة دراهم فكان معارضا لآية المتعة والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتأمل ان كانت القواعد الاصولية على ذكرك

وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رحمه الله الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه الواجب بهذا العقد ابتداءً لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا ثم زادها شيئا فانهما يلزمانه على تقديري الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا يعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم الفرض في العقد لانه هو المتعارف وقوله وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول الزيادة هبة مبتدأة لا تلتحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المصنف رحمه الله ان يذكر في زيادة ثمن المثمن ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما مختص بالمفروض في العقد يعني بناءً على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة **قوله** واذا خلا الزوج بامرأته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع

منافع البضع انما يصير مستوفى بالوطىء فلايتأكد المهر دونه لان التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطىء ولم يوجد ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لايكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به تسليم الثمن على المشتري واما ماذكره ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطىء فصحيح لكن ذلك تسليم وليس في قدرة المرأة ذلك فلا تكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما مريضا بيان لمايكون مانعا من الخلوة حسيا كان اوشرعيا وقوله وقيل مرضه حاصله ان المرض في جانبها متنوع بلا خلاف واما المرض في جانبه فقد قيل انه ايضا متنوع وقيل انه غير متنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال الصدر الشهيد رحمه الله هو الصحيح ووجهه ما قال المصنف رحمه الله ان مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وقوله وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار واعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا تكون الخلوة صحيحة كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا للضرورة صيانة للمؤدى عن البطلان والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلايعدو الى افساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فان لزوم قضائه ليس لذلك بل هو فرض مطلقا فكان اثره عاما وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال المهر مع التصريح بما هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار من غير عذر وحاصله ان المأخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة رحمه الله وهي ان صوم التطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنعه عن الوطىء شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤثم قوله واذا خلا المجبوب وهو الذي استوصل ذكره وخصياه من الجب وهو القطع .

اذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب والمرض مانع عن الخلوة فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجود السبب الى الوطيء اذ الاصل السلامة في الوصف ايضا فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق لانه وسع مثلها في هذه الحالة وقد اتت بما وجب عليها واما عدم التسلم فذلك ليس من جهتها كما تقدم وعليها العدة في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد اما انها حق الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق الولد فلقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطأني وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاط في ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الكرخي وكلامه واضح **قوله** ويستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة تستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله يجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة ويقتضي ان لا تكون المتعة للمستثناة مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر وزاد الفقهاء وجامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا تكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي رحمه الله لانه استثناها من الوجوب وذكر في الحصر انها

انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه وتستحب المتعة لكل مطلقة غير التي ذكرناها من قبلُ الّا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الى آخره وهي اختيار القدوري فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الّا التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا لرواية التحفة ومخالفا للكتب المذكورة واما الشافعي رحمه الله فله في المستثناة قولان في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد لا تجب وهو الذي ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلثة اقسام واجبة ومستحبة وغير مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ملموسة اولا فان لم تكن فاما ان يكون مهرها مسمىً اولا فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي لا تستحب لها المتعة وان كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمىً اولا تستحب لها المتعة وعند الشافعي رحمه الله هي تنقسم الى واجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يجب لكل من اوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ معنى في هذه الحالة لعود مالها اليها سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة والمتعة لا تتكرر فلا تجب المتعة لهذه المطلقة وتجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولهما ان المهر عوض والمتعة خلف منه والفائدة تظهر في مسئلتين احدهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا تستحق المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا تستحق غيره وعنده تستحق لانها صلة بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة لا تزاد على نصف المهر

عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل و عنده تراد و لنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل لما سقط بالطلاق قبل الدخول وجبت المتعة والحال ان العقد يوجب العوض ولا ينفك عنه لقوله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ على ما عرف في الاصول فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعدم مهر المثل ولا نعني بالخلف الّا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر المثل ولا شيئا متصلا به وهو كل المفروض عند الطلاق بعد الدخول او بعض المفروض عنده قبله واعلم انه قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله ولا شيئا منه نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول وبعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قياسه هكذا المتعة خلف عن مهر المثل والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الّا عدم وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل والمتعة لا تجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى اَلْمُنَافِقُونَ وَالْمُنَافِقَاتُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف وهو المتعة لا تجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا تجامع شيئا متصلا بالاصل وهو كل المسمّى بعد الدخول وبعضه قبله فيكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالقياس المتعدم لانه من نتيجته لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به أُلحق بحكمه ومعنى الاتصال بين مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يقع امتثالا لما هو المهر عند الله تعالى وبيان له كما عرف في الاصول ويعضد هذا قوله في آخر كلامه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه وهذا الذي سنح لي في حل هذا الموضع والله اعلم وقوله وهو غير

ميرجان جواب عن قوله اوحشها بالعراق وتقريره سلّمنا انه اوحشها بالعراق لكنه لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل مافعل باذن الشرع فلا تلحقه الغرامة بوجوب المتعة فكان اي المتعة بناوبل المتاع من باب الفصل اي الاستحباب **قوله** واذا زوج الرجل ابنته واذا زوج رجلان كل منهما بنته او اخته لآخر بشرط ان يزوجها الآخر بنته او اخته صح النكاح عندنا ولكل منهما مهر المثل وسمّي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي رحمه الله النكاحان باطلان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل ابنته منكوحة الآخر وصداق ابنته اقتضى ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر فيلزمه الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب * ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير وقوله ولا شركة بدون الاستحقاق جواب الخصم بيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع بضع المرأة لا تصلح ان تكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر امرأة على خدمته لها سنة او على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته لها سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعاوضة تتحقق بذلك والتعليم والخدمة كذلك لانه اذا استأجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها * ولنا ان المشروع في عقد النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى اَنْ تَبْتَغُوا بِاَمْوَالِكُمْ الآية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا وكذلك المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول

يعتمد البقاء زمانين فلا تكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله صلى الله عليه وسلم النكاح رق وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف بخلاف خدمة حر آخر برضاه فانه يصلح ان يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستأجر ولا مناقضة فيه * على انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح وهذا مستغنى عنه ظاهرا لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال ويمكن ان يقال ذكر المصنف رحمه الله على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجة فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المصنف رحمه الله تسامح لانه قال في الدليل ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد رحمه الله داخلا في قوله ولنا فقوله ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب ولنا دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة الى الخدمة فقال في الآخر ثم على قول محمد رحمه الله تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالمتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا تستحق فيه اي لا تستحق الخدمة في النكاح بحال ولو كانت مالا لا ستحقت لانه

لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو
كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين ان سماعة في هذا المكان نكتة أو هكذا او
لاتستحق فيه بحال وهو حسن لمعنيين احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة
ليست بمال وقوله اولا تستحق فيه بحال دليلا على وجوب مهر المثل ويكون الاول اشارة
الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة الزوج
الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لاتستحق فيه بحال لا دلالة له
على ان الخدمة ليست بمال لا بما لفقته من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لان
للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا لاستحقت فيه وقوله لانه وجد المقتضي وانتفى المانع
وهو كون المهر غير مال نقول المانع غير منحصر في ذلك بل كونه مفضيا الى المناقضة
مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي نكتة او ولقائل ان يقول قوله على قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن
ان يجاب عنه بانه اعاده تمهيداً لبيان التعليل بقوله هذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه
للضرورة اي لان تقوم المسمى وهذه الخدمة لضرورة حاجة الناس في العقود وهي
انما تندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض لم يظهر
تقومه فبقي الحكم على الاصل وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه لكان اولى فتأمل
قوله فان تزوجها على الف هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان يتزوجها على
ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين بالتعيين كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد
منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم يكن وكل واحد منهما على وجهين
اما ان تهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو الف درهم فقبضتها
ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بخمس مائة درهم لان الزوج يستوجب
عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهراً بالطلاق قبل الدخول فانه ينصف الصداق بالنص

ولم يصل اليه عين ما يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت هبة هذه الالف كهبة الف اخرى واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وكذا اذا كان المهر مكيلا اوموزونا اوشيئا آخر في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضته فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع احدهما على الآخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه فلا تبرأ المرأة عما يستحقه ووجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق وهو براءة ذمته عن نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لآخر لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الآخر الجارية جاريتك ولي عليك الف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بنصف ما قبضت فكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض اي البعض الذي لم يقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود الزوج هو سلامة نصف الصداق بلا عوض وقد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع بعد الطلاق كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما ا ا

اذا باعت من زوجها وقوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان العقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او الحط وفي النكاح ليس كذلك واستوضح المصنف رحمه الله بقوله الا ترى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة سيان في الالتحاق باصل العقد والزيادة في النكاح لا تلتحق باصل العقد حتى لا تنتصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق وكذلك الحط ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت المرأة مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة رحمه الله يرجع عليها بثلث مائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربع مائة درهم لان عنده ما تسلم للزوج معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ما قبضت فينصف المقبوض وهو ثمان مائة فلو كان تزوجها على عرض فقبضته اولم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره يعني في قوله لانه سلم له المهر بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه ووجه الاستحسان ما ذكره ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز وبخلاف ما اذا باعت يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار ونحوهما مطلقا او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط مما سمي ويثبت دينا في الذمة فيشبه النقود فكذلك الجواب

يعني اذا وهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء قبضت اولم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكلما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير مقبول وان كانت قبله فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب قوله وهذا لان الجهالة اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره الجهالة تحملت في النكاح وكل ما يحمل في النكاح لا ينافي النكاح فاذا شرط ذلك في العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى مجهولا ومع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية الاسترداد ان لم تهب فطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير **قوله** واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امرأة على الف على ان لا يخرجها من البلدة اوعلى ان لا يتزوج عليها اوعلى ان يطلق ضرتها فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه سمى ما صلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يواف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا كان مهر المثل اكثر من الالف لانه سمى مالها فيه نفع حتى رضيت بنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان سمي مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة وما تتعب به وكما لوسمي الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة

صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رحمه الله انه ذكر بمقابلة شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما الالف والالفان فتفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فيتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث يصح فيها الشرطان جميعا بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجية وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانها لا تدري ان الزوج يخرجها اولا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس الامر واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف رحمه الله لم يذكر وجوه الاقوال واحالها على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة الخياطة على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي عند ابي حنيفة رحمه الله مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح في الجهالة وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان العمل بالاوكس لكونه متيقنا كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال في مهر المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا يقبل الزيادة والنقصان بخلاف التسمية لانها تقبلهما وقوله الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلث ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا

برضاهما وقوله والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الاربع فيما رضيت فيه بالارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله وهو ما تكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه بالزيادة **قوله** واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول تزوجتك على حمار او فرس قال المصنف رحمه الله معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيدا او وسطا او رديئ الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيئ وعلى كل ما شبهه ويرد عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيئ وعلى كل ما شبهه ولم تصح به التسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم قوله وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل واصح وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه ان في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام المال ابتداء يعني بغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقارير حيث يلزم فيهما ايضا مال من غير ان يكون في مقابلة عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فان من اقر للانسان بشيئ صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكوة ذلك رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديئ والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط حينئذ لاختلاف معاني الاجناس

الاجناس فانه اذا قال على دابة لم تجد نوعا يتوسط فتلزمه قوله وبخلاف البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضائقة والمماكسة اي المنازعة لانه معاوضة مال بمال ليس فيه معنى التزام المال ابتداءً فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فمبناه على المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم تفحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه ان لكل واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بايهما اتى وقوله وان تزوجها على ثوب غير موصوف يعني لم يذكر نوعا منه وقوله اذ الثياب اجناس يعني انها تكون قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصله الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان الزوج يجبر على تسليم الوسط وهو قول زفر رحمه الله لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم ووجه الظاهر ما ذكره انها ليست من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من زعفران ولم يزد على هذا كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا يخير بل يجبر على الوسط لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا ومؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه **قوله** فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبولك الخمر وهذا شرط فاسد والنكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسده فهذا اولى بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه بمعنى الربوا وهو

بتسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة الى ردّ قياس مالك رحمه الله النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير تمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عبدا بهما وقلنا لما لم تصح التسمية في نفسها لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوّم في حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل

قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله في ذوات الامثال في ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابي حنيفة رحمه الله في ذوات القيم في ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابي حنيفة رحمه الله في الفصول كلها والتسمية عند ابي يوسف رحمه الله في الفصول كلها والاشارة في الجنس الواحد والتسمية في الجنسين عند محمد رحمه الله والمصنف رحمه الله قدم دليل ابي يوسف رحمه الله وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابي حنيفة رحمه الله وقال فيه لكونها يعني الاشارة ابلغ في المقصود وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز لان الاشارة الى شيء وارادة غيره ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ ويجوز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له واخّر دليل محمد رحمه الله وكأنّه اشار الى اختياره مذهبه ودليله موقوف على تقديم مقدمتين احديهما ان المراد بالماهية هو الحقيقة من حيث هي وبالذات موجود في الخارج يصح ان يكون مشارا اليه باشارة حسيّة والثانية ان المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين آحاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة والذكية والذكر والانثى في غير انسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة في الخل والحدة في الخمر والمعنى كالاسكار وعدمه والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية والاشارة في العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه

هوالمشار اليه لان التسمية هناك لاتدل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف في الاستحقاق والموصوف موجود في المشار اليه لانه هوالمشار اليه لولا الصفة ولم تعتبر الصفة لتعينها وان كانا من جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه في استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان المقتضي لعدم شيء لا يمنعه فيتعارضان في الاستحقاق والتسمية ابلغ في التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف ذات المشار اليه من غير دلالة على حقيقته هذا الذي سنح لي في حل هذا المحل واريدك بيانا وهو ان كل موضع دلت التسمية فيه على معنى تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت كان حرا لعدم الواسطة وكذا في الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفعت لايلزمه ان يكون خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا ارتفاع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا لجواز ان تكون حرة وعلى هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر تخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثاني لغوا وكأنه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل لانهما لا يجتمعان ووجه ابي يوسف رحمه الله ظاهر وكذا وجه محمد رحمه الله لانه في الجنس الواحد يعتبر الاشارة ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده واذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل ان كان مهر المثل اكثر من العبد والمصنف رحمه الله ذكر في دليل ابي حنيفة رحمه الله قوله لانه مسمى بناء على ماذكرنا ان الاشارة ابطلت العقد الثاني وقوله ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام بها الى ان قال وان اخرجها فلها مهر المثل وبما قال في الزيادات ان الرجل اذا تزوج امرأة على الف درهم وعلى

ان يعتق اباها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل واجيب بأن ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلو لم يجب لها الى تمام مهر المثل لرجعها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما ههنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص ولو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها **قوله** واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد النكاح الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله هو يعتبر بالبيع الفاسد يعني ان القيمة في البيع الفاسد تجب بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا اعترض الفساد رجع الى الموجب الاصلي ولنا ان المستوفى اي منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى به ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد من تقويم المستوفى من منافع البضع شرعا نظرا الى ما هو قيمتها في مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد المعوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضي ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى لكن الزيادة على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اي تسمية الزيادة على المسمى فان قلت ما هذا الا تناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انتقصت منه وهي ان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يجب شمول الوجود قلت هي صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم لان فرض المسئلة فيه فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا انتقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الحل من خواص هذا الشرح وانما

وانما قيدت المستوفى بقولي بهذا العقد لان الكلام فيه ولئلا ينتقض بالمعوضة فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد وقوله بخلاف البيع جواب عن قياس زفر رحمه الله وهو واضح وقوله وعليها العدة يعني في النكاح الفاسد اذا دخل بها لما ذكرنا ان الخلوة فيه لا تقام مقام الدخول فلا بد فيه من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر الجماع في القُبُل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اي الثابت من وجه بالثابت من كل وجه في موضع الاحتياط وكأن قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسير للاحتياط بطريق العطف ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات وقال زفر رحمه الله يعتبر من آخر الوطئات حتى اذا وطئ في النكاح الفاسد ثم رأت ثلث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده تكون عدتها منقضية وقوله هو الصحيح احترازا عن قول زفر رحمه الله وقوله لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعها بالتفريق وقوله التفريق في موضعين يشير الى انه لا بد من مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشائخ رحمهم الله وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض وليس له ذلك بعد القبض فاما ان يكون التفريق بمعنى الرفع والرافع كل واحد منهما واما ان يكون وضع المسئلة فيما اذا رافعا حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم وقوله وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله من وقت النكاح كما في النكاح الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد رحمه الله لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطئ باعتبار ان النكاح داع الى الوطئ والنكاح الفاسد ليس بداع اليه فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة

الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله **قوله** ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر مثل المرأة يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات وبنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب لانه اضاف اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشيء انما يعرف بالرجوع الى قيمة جنسه والانسان جنس من قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا ترى ان الام قد تكون امة والامة قد تكون قريشية تبعا لابيها ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها وخالتها تكونان من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله قيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه قوله ويعتبر في مهر المثل ظاهر وقوله باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشيء انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن السن وقت التزوج وان ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه وان قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي زوج ابنه الصغير وضمن عنه المهر للمرأة قلت ينبئ عنه قوله ثم المرأة بالخيار وان كانا في الصحة سواء وذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امرأة فللمرأة ان تطالب المهر من اب الزوج فيؤدي الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمرأة ان تطالب الوكيل بالمهر ما لم يضمن وقوله ثم المرأة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي ويملك قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة جواب عما يقال ان الاب يملك قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن

الثمن ولو صح الضمان صار ضامنا لنفسه وذلك لايجوز فهاكذلك فى الاب
قوله وللمرأة ان تمنع نفسها اذا تزوج امرأة على مهر فاما ان يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها اولم يدخل فان لم يدخل بها فللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر كله ولها ان تمنعه عن اخراجها الى السفر ليتعين حقها فى البدل وهو المهر كما تعين حقه فى المبدل وهو البضع فصار كالبيع في ان البائع له ان يحبس المبيع حتى يأخذ الثمن تسوية بين البدلين فى التعيين وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل بها فنذكره وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها اولم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها اسقطت حقها بالتأجيل وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فان موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان اودينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتأخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه فارق البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الايرى ان البيع لوكان مقابضة لم يجب تسليم احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا بتأخير حقه فى البيع الى ان يوفي الثمن وقوله لاسقاطها حقها بالتأجيل باطلاقه يشير الى انه ليس لها المنع لاقبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان هذا العقد ما اوجب حق الحبس فلايثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان لايكون لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل بها يعني فى الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله يعني للمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها ان كانت

برضاها فعلى الاختلاف وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق ويبتني على هذا استحقاق النفقة يستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة او بالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر وتسليمه ينفي حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وقوله وله انها منعت منه جاز ان يكون مناقضة وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز ان يكون معارضة وتقريره انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلو عن البدل ابانة لخطره والمنع عما يقابل البدل صحيح وقوله والتاكيد بالوطئة الواحدة جواب عن قولهما ولهذا يتأكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا ادى لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التأجيل والتعجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب حالا وقد اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف رحمه الله تعالى فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي الليث رحمه الله لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني رحمه الله الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي الليث رحمه الله ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله تعالى من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله وَلَا تُضَارُّوهُنَّ وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة سئل ابو القاسم الصفار عمن يخرجها من المدينة الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك نبوية وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بنبوية **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف اما ان يكون في حيوتهما او تختلف الورثة بعد مماتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان في حيوتهما فاما ان يكون

يكون قبل الطلاق اوبعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية اوفي مقدار المسمى اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح اوبعد الفرقة بعد الدخول بعد او موت احدهما فالقول قول المرأة الى تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشائخنا رحمهم الله في تفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان المراد به ما يكون دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده ان يدعي شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيع ايضا اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة والقول قول المشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا وقوله ولا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف رحمه الله القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المتعة موجبة بعد الطلاق اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فيحكم بالمتعة بعد الطلاق كمهر المثل وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية الجامع الكبير وبين روايتي المبسوط والجامع الصغير وهو واضح وقوله فالقول قوله يعني مع يمينه لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه وان نكل يقضى عليه بالفي درهم كما لو اقر لان النكول اقرار وان كان العين فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج يدعي عليها الحط وهي تنكر فان نكلت يقضى بالف درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت يقضى لها بالفي درهم الف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والف باعتبار مهر المثل وفائدة هذا انه يخير الزوج في هذا الالف ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان

مهر المثل شاهدا للزوج تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان
مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل بينته لانها تثبت الحط والاصل في هذا هو ان البينة تثبت
ما ليس بثابت ظاهرا وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا لان الزوج يدعي عليها الحط
عن مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعي عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي ان يقرع القاضي بينهما في
البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا وان نكلت
المرأة وجب المسمى الفا لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجبت الف وخمسمائة الف
بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل
يخير فيها الزوج وايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضى بالف وخمسمائة الف بطريق
التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد رحمه الله
في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب
مهر المثل فيما اذا تحالفا فقال ثم اذا تحالفا يبدأ بيمين الزوج لانه ابينهما انكارا وان اقاما البينة
فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة للاثبات وهذا تخريج الرازي رح وقال
الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وهو ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل
لانهما اتفقا على اصل التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا
تعذرت التسمية فيحكم بمهر المثل قيل قول ابي بكر رحمه الله اصح لان تحكيم المهر ليس
لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى ان القول قول
من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما
التسمية وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب اما
عندهما فلانه الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه تعذر القضاء بالمسمى
لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان

ولوكان الاختلاف بعد موت احدهما بين الحي و ورثة الميت فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا يرى الى مسئلة المفوضة اذا مات احدهما وعنده قول الزوج او ورثته لما تقدم ولوكان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف رحمه الله فانه يستثنيه كما تقدم وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة يحكم مهر المثل وهو قياس قول ابي حنيفة رحمه الله لكنه تركه استحسانا لما يذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقوله لما نبينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة رحمه الله في المسئلة التي تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه الثاني وهو ما اذا لم يسم اما الاول وهو وجوب المسمى فلان المسمى دين في ذمته اما لثبوته بالبينة او بالتصادق وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته اذا علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا وعلم ان الزوج مات اولا واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكن استحسن فقال ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى ان وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روي عنه انه استدل فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي رضي الله عنه على ورثة عمر رضي الله عنه مهر ام كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض

اهل ذلك العصر يتعذر على القاضي الوقوف على تعيين مهر المثل وعلى هذا اذا لم يكن العهد متقادما بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضى بمهر مثلها وللمشائخ طريق آخر وهو ان مهر المثل من حيث انه قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب في مقابلة ماليس بمال يشبه الصلة كالنفقة فباعتبار الشبه الاول لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تأكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر وقوله فالقول قوله اي مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترد وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا لم ترجع وقوله لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب وقوله وقيل ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخف والمرآة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب عليه وقوله وغيره قيل كمتاع البيت *

فصل

لما ذكر احكام النكاح في حق المسلمين وهم الاصول في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفار واذا تزوج النصراني نصرانية قيل المراد بهما الذمي والذمية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي واقول يجوز ان يكون اطلقه ليتناول المستأمن ايضا وذلك في دينهم اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر ان اسلما وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذميين والحربيين عند ابي حنيفة رحمه الله ووافقاه في الحربيين واما في الذمية فان دخل بها او مات عنها فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وخالفه زفر رحمه الله في الحربيين ايضا وقال ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال بقوله تعالى أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ وهذا الشرع وقع عاما لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على العموم وحاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه

ابتغاؤه بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالزام ولا الزام الا بالولاية وقد انقطعت الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكاما فيما يرجع الى المعاملات لان الالتزام بعقد الذمة وقد وجد منهم فكان كالربا والزنوا فانهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ولئن سلمنا انهم لم يلتزموا ولكن ولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلوة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف او بالمحاجة وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع الولاية وقوله بخلاف الزنا جواب عن قولهما كالربا والزنوا ووجهه ان الزنا حرام في جميع الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه والزنوا مستثنى عن عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه لا حرف استثناء كذا السماع والنسخ قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واما على الرواية الاخرى وهو رواية الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض يكون العوض مستحقا لها واما الميتة فانها ليست بمتقومة عند احد فكان التزوج عليها كالنفي وهو مختار فخر الاسلام رحمه الله من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان احدا لما لم يتدين تقومها لم يدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع والاصح ان الكل على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما يجب مهر المثل

وقوله فان تزوج الذمي ذمية ظاهر وقوله وهذا كله اي كل ما ذكر وهو ما كانا معينين او
غير معينين عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين
اي في المعين وغير المعين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين وجه قولهما انا جمع
بين قولهما وان كانا مختلفين فيما بينهما حيث قال ابو يوسف رحمه الله فيهما بمهر المثل
ومحمد رحمه الله قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لانهما يتفقان في ان
لا يوجبا عين الخمر والخنزير فان القبض مؤكد للملك في المقبوض ولهذا ينصف الصداق
بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج شيء
الا بالرضاء او القضاء فاذا مر يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلقها قبل الدخول بها
لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا تجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
في المهر قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكد للملك شبيه بالعقد لافادته ما لم يكن فيمتنع
القبض بسبب الاسلام كما لو كان ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة العقد
بحقيقته في المحرمات وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما لان القبض فيه كالقبض فيما اذا كانا
بغير اعيانهما في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع تسليم انفسهما
فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه
الله يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر المثل فكذلك ههنا ووجه محمد رحمه الله
ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا
تملك التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما يتم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى
القبض للتملك وبالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اي الانتقال
لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوبة واما في الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم
به الملك لانه يفيد وجوب الدين في ذمته والقبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام
عن تملك الخمر والخنزير وقوله بخلاف المشتري متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين

المعين الى آخره يعني بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير او اشترى ثم اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله واذا تعذر القبض في غير المعين ظاهر وقوله ولو طلقها الى آخره يعني قول ابي حنيفة رحمه الله في العين لها نصف العين وفي غير العين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل في كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابي يوسف رحمه الله لها المتعة على كل حال وعند محمد رحمه الله لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال والله اعلم بالصواب *

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان نكاح من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع في بيان نكاح من ليس له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما العبد ففيه خلاف مالك رحمه الله فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق يملك النكاح لان الطلاق سبب النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داؤد واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا او امة فظهر تزوجهما كان له ان يرده فليس لهما تعييب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفي هذا التعليل جواب لمالك رحمه الله فان الطلاق ازالة العيب فلا يلزم من جواز ازالته للعيب جواز تعييبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد

في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على قول ابي حنيفة رحمه الله فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق في حقوق الله باق على حريته والرق لا يؤثر فيها فان لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا معتبر فيه وموضعه الاصول وقوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعني قوله لانه من باب الاكتساب وقوله فالمهر دين في رقبته يباع فيه لما عرف في الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف رحمه الله بقوله لان هذا دين وجب في رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقريره هذا دين وجب في رقبته وكل دين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضي وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته واما انه وجب في الرقبة فلدفع المضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة فتباع الرقبة في المهر كما تباع فيه وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب الديون يعني النساء وقوله فليس هذا باجازة لانه اي قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة الا يرى انه لو قال في النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله او هو اي الرد ادنى لانه دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة في ايقاع الطلاق المعروف ومجاز في المتاركة والعمل بالحقيقة يمكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهي الافتيات على رأي المولى وان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا في اثبات الاهلية للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء

اقتضاءً كالايمان في خطاب الكفار بالشرائع كما عرف في الاصول وفي اثبات الاعتاق
ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل في اثبات الاهلية لها **قوله** ومن قال
لعبده تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهران وتقييده بالاشارة والامة
اتفاقي فان الحكم في غير المعينة وفي غير الاماء كذلك ويبتني على هذا الاصل المذكور
حكمان احدهما ما ذكره انه يباع في المهر عنده ولا يباع عندهما والثاني انه اذا تزوجها
بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح
عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور في الكتاب ظاهر وانما قيد بالمستقبل لانه
لو حلف انه ما تزوج امرأة في الماضي وقد كان تزوج صحيحا او فاسدا حنث في يمينه
كذا في المبسوط وقوله كما في البيع يعني انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد وقوله
على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولئن كان قول الكل
فالعذر لابي حنيفة رحمه الله ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا ماذونا له
مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله ووجهه وتقريره
لان المقتضي موجود وهو ولاية المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة
النكاح حق الغرماء بالابطال مقصودا منتف واذا تحقق المقتضي وانتفى المانع ثبت
الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المانعية انما يتحقق بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به
وههنا كذلك لان محلية النكاح بالآدمية وحق الغرماء لا يلاقيها لكن اذا صح النكاح
بولاية المولى تحصينا للملك وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت
المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فهي في مهر مثلها
اسوة للغرماء واما اذا كان اكثر منه فلا تساويهم بل يؤخر الى استيفاء حقهم كدين الصحة
مع دين المرض **قوله** ومن زوج امته بوأت للرجل منزلا وبوأته منزلا اي هيأته ومكنت له
فيه ومن زوج امته فليس عليه ان يبوأها اي يهيئ بيتا للزوج يبيت اليها لكنها تخدم

المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها وانما يقال ذلك ليتحقق التسليم وكلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت فى الرقبة والمنافع سوى منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها ولا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيلها من غير ابطال الكثير فله ان يبوأها وان لا يبوأها وان يستخدمها بعد التبوية لكنه تسقط نفقتها لما اشار اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل انتفاء الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى فى الاستخدام ومثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها ونفقة المملوك على المالك وقوله وذكر تزويج المولى يعني ذكر محمد رحمه الله فى الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ وقوله لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان يعني انه اذا وجد ربما يقع الحد مهلكا او جارحا ففى الاول هلاك ماله وفى الثاني نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد فى الزنا فله ان يرده فيملكه الانكاح جبرا اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك او النقصان وليس المناط فى جواز نكاح الامة جبرا بملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولي يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز فى المكاتب والمكاتبة ولم يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى

ان المولى اذا زوّج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبني على المكاتبة ثم انها لو لم تردّ حتى ادّت بدل الكتابة فعتقت بقي النكاح موقوفا على اجازة الولي لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة قال في النهاية وهذه من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة في حال رقّها ولم تعتبر في حال العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فماتت قبل الدخول بها فان ماتت حتف انفها فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبي فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله لا مهر عليه للمولى وقالا المقتول ميت باجله عندنا اي عند اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلث وله ان المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها المبدل وفي قوله يجازى اشارة الى الجواب عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من ام زوجها او المجنونة اذا قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك لانهما ليستا من اهل المجازات ونوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر فلم تناف الصغيرة المجازات واجيب بان ترك مجازات الصغيرة انما يكون على افعال غير محظورة في حقها والردّة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم عن الميراث بسببها وتستتاب بالحبس وقوله والقتل في حق احكام الدنيا جواب عن قولهما الان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردّة وبقتل المولى امته لما بيّنا من الجامع انه منع المبدل قبل التسليم وقوله ولنا ان جناية المرء ظاهر وقوله حتى يجب الكفارة عليه يعني اذا قتلها خطاءً وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين **قوله** واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى في هذه المسئلة دلالة على جواز العزل وسئل ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا بأس به ولو ان الله تعالى اخذ ميثاق

نسمة فلو اتيتها في صخرة تحلق فيها وروى ابو سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وهو ثلثة اقسام عزل عن امته المملوكة له لا اذن فيه الى احد وعزل عن المرأة الحرة والاذن فى العزل اليها وهذا ن بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفي تعيين الاذن اختلاف كما ذكره فى الكتاب وهو واصح وان تزوجت باذن مولاها اوزوجها مولاها ثم اعتقت فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعي رحمه الله ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روي ان عايشة رضي الله عنها لما ارادت ان تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداءة بالغلام قال وانما امرها بذلك لئلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عند العدم الكفاءة وهي موجودة فى الحر ولنا ان عايشة رضي الله عنها اعتقت بريرة رضي الله عنها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله سهى فسجد فالشافعي رحمه الله محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها ان بريرة رضي الله عنها خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى ايضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد فانى يكون الشافعي رحمه الله به محجوجا قلت روى البخاري ومسلم وابو داؤد رضي الله عنهم ايضا والنسائي والترمذي وابن ماجة واحمد رضي الله عنهم ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت الروايتان تركناهما وصرنا الى مايدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك الترجيح فى التقرير بان المثبت اولى من النافي فليطلب ثمّ وقوله ولانه يزداد الملك دليل معقول وقد تقدم بيانه ورد بان

بان عدة الطلاق صده معتبرة بالرجال فلا يزيد عليها الملك اذا كان الزوج حرا واجيب
بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل قوي على ما سيجيء فيلزم عليها الزيادة اذا
اعتقت وان كان حرا ولا نسلم ان امره صلى الله عليه وسلم بالبداءة بالغلام لذلك وانما
كان لاظهار فصيلة الرجال على النساء فانهما لو اعتقهما معا لثبت الخيار ايضا عنده وليس
ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان الزوج
ان اعتق حتى خرج من كفاءتها لم يكن لها خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق
في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت
كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال زفر رحمه الله لا خيار لها
لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر لمولاها وهذا غير موجود
ههنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا فيه ظاهر مما تقدم وان تزوجت امة
بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود المقتضي
لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها من اهل العبارة وانتفاء المانع
لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق
زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خصص الامة
بالذكر ليبني المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتأتى في حق العبد ويجوز ان يكون
تخصيصه بالامة لتفريع مسئلة الخيار عليها لانه يختص بالاماء دون العبيد وقوله فان كانت
تزوجت بغير اذنه ظاهر وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة
ليعلم ان المسمى وان زاد على مهر المثل فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان
ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمرأة لان مهر المثل قيمة البضع
من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد على قيمة ملكه
وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند

الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول وللامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم لان المانع عن الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا الا يرى ان الامة اذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرته قياس فان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد وهو المسمى وقت العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجدي لان المانع من الاستناد على ما ذكره السائل لم يزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان الملك وانما الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى فمتى اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطئ في نكاح موقوف الى آخره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة بان امتناع حلها على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفى بالوطئ متلاش فان قيل القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله ان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند الجواز الى اصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما لو تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى اعتقها اجيب بان حكم الاستناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وههنا يختلف لان المستحق زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة امتنع استناد هذا الاستحقاق الى

الى زمان العقد لانه لواستند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا الاستحقاق زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت **قوله** ومن وطئ امة ابنه ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه ولدا فهي ام ولده وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب لان محمدا رحمه الله لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال الابن للحاجة الى البقاء فله ولاية تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لوكان صيانة الماء لبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام اجاب بقوله غير ان الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية والده للاستيلاد لكونه غير ضروري فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض بان الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق المالك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود اجاب بقوله ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح يعني للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها ولابد من تقديمه لانه بعد ما علق الولد احتاج الاب الى صيانته من الضياع وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء تقديم الشرط على المشروط واذا قدم كان الوطئ واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد فانه سقط الاحصان بهذا الوطئ ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة فانه اذا استولدها وجب عليه العقر والمسئلة معروفة يعني في شروح الجامع الصغير وغيرها ان الملك عندنا يثبت قبيل الاستيلاد

شرطا وعلة بعده حكماله والذي ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد
الاب جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطئ في الملك حتى لو خلا عنه
اصلا لم يصح كما في جارية الاجنبي فلا بد من تقديمه صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة
للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت فادعاه
الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع من الملك وذلك يدل على ان الملك
لم يثبت سابقا على الوطئ وبانه اذا وطئها غير معاق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله
لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله لحد واجيب عن الاولى بانا
نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد في غير الملك حكما وفي تلك المسئلة نوع من
الملك قائم فلا يحتاج الى تقديمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة
فعله عن الحرمة وصيانة الولد عن الرق وهذا المجموع ليس بموجود ههنا وعن الثالثة
بان تقدم الملك اجتهادي وكان فيه شبهة يدرء بها الحد ولو كان الولد زوج جاريته
اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزويج عندنا
وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان للاب حق الملك في مال ولده حتى لو وطئ
جاريته عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزوجه اياها
كالمولى اذا تزوج امة من كسب مكاتبه ولان حق الملك في مال ولده اظهر الا يرى
ان الاستيلاد في جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه غير صحيح ولنا ان
امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطئ
ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة ومن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه
والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك خلف باطل وكذلك يملك الابن من
التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه وقوله الا انه يسقط
الحد بالشبهة جواب عن قول الخصم لو وطئ جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد لم يذكره في الكتاب

في الكتاب واذا كان خاليا عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا تصير ام ولد له وقال زفر رحمه الله تصير ام ولد له لانه لو استولدها بالفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ان ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء وقوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله واذا كانت الحرة تحت عبد واضح الا الفاظ نبه عليها قوله لصحة العتق عنه اي عن الآمر وقوله اعتق طلب التمليك منه تقديره اعتق عبدك الذي هو لك في الحال عني بيعك لي اياه بطريق الوكالة مني فيكون امرا باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت يكون بمعنى قوله بعت منك واعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم يقع العتق الا من المأمور بالاتفاق ولا يكون المقتضي اقوى من التصريح به اجيب بان الشيء قد يثبت ضمنا وان لم يثبت صريحا كبيع الاجنة في ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين على ما مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها فان قيل وجب ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت به ضروري يثبت ضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثاني ان الملك ههنا كما يثبت يزول حكما للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحته لموكله لا يفسد النكاح لان الملك كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثاني بان الملك يثبت للموكل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وابي طاهر الدباس رحمهما الله سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه يعني ابا يوسف رحمه الله يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه اي لتصرف

الآمر لما ان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذي هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى فصار كما اذا كان عليه كفارة ظهار وامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب بعوض اوبغيره ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط القبض كما يسقط القبول والثاني ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل حسي يعني انه ليس من جنس القول فلا يمكن ان يكون ثابتا في ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط فيقال لانه فعل حسي والفعل الحسي لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعي فيصح ان يثبت في ضمنه وقوله في تلك المسئلة اي في مسئلة الامر باطعام الفقير ينوب عن الآمر في القبض كالفقير في باب الزكوة ينوب قبضه عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء لان الاعتاق اتلاف الملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب في التقرير والله اعلم *

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التي ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس مرتبة منهم وهم اهل الشرك الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه قيد بعدة كافر لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز ان يتصور بان اشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام

الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابويوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول وهو التزوج
بغير شهود كما قال ابوحنيفة رحمه الله وفي الوجه الثاني وهو التزوج في عدة كافر آخر كما
قال زفر رحمه الله الخطابات كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه عامة
كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا كما تركناهم وعبادة الصنم
اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى
وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللّٰهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها
فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا وابن ابي ليلى
رحمهما الله يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لهم باعتبار
عقد الذمة فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم
واما اذا كان الاسلام والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة
رحمه الله ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة
اما ان يكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولهذا
لم يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على
ذلك الغرض فكان النكاح وقع ابتداء صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن
من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع
متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداء لا يرتفع بالاسلام والمرافعة لان ذلك حالة
البقاء والشهادة ليست بشرط فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح وكذا العدة
لا تنافي حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة تجب عليها العدة صيانة لحق الواطئ
ولا يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح
وقال بعضهم تجب لكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين
فكان النكاح صحيحا في الابتداء وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولا تنافي

العدة على ما قلنا فان تزوج المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما او ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما في المعتدة واذا اسلم وجب التعرض له والتفريق وكذلك بالمرافعة واما عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء على ما ذكرنا ان الحرمة اما ان يكون للشرع او للزوج الى آخره وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشائخ العراق رحمهم الله ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله الا ان المحرمية جواب عن هذا التشكيك ووجهه ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما لانه برفعه انقاد لحكم الاسلام كما اذا اسلم واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يفرق برفع احدهما لان الآخر قد استحق باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام فان اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى واما اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم ولايته وقوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد واصح وقوله بل لمصالحه يريد به المسكن والازدواج والتوالد والتناسل وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اي كافر كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض وجعله

وجعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمة ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن اثبتنا الترجيح وهو قوله لان فيه نظر له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين تقوم الحجة قلت ترجيحنا بدفع التعارض وترجيحه برفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يرفع **قوله** واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر اطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوجة بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في الطلاق يريد ان نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة وقوله الى انقضاء ثلث حيض ليس بصواب لان العدة عنده بالاطهار وقيل معناه كان الشافعي رحمه الله يقول ينبغي ان يتأجل عندكم الى انقضاء ثلث حيض ويجوز ان يقال هذه المدة لم تعتبر للعدة بل للتفريق وما لم يعتبر لها تعتبر فيه الحيض كما في الاستبراء ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتقريره باسلام المرأة او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فاما ان يكون هو الاسلام او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع ابتداء ولا فوقها بقاء فلا بد من امر آخر غيرهما فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد به ان اسلم او يثبت ما يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء عنه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اضيف اليه ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة فكانت الفرقة مضافة الى الاباء وفي كلام المصنف رحمه الله نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح سببا تنبني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تأملت فيما ذكرته حق التأمل زال عنك الشبهة ولما فرغ عن البحث مع الشافعي رحمه الله شرع فيه مع ابي يوسف رحمه الله في ان الفرقة في الوجهين لا يكون طلاقا ووجه قوله ما ذكره ان الفرقة بسبب يشترك

فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوت المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب والعنة وقوله مع قدرته في الاسلام زيادة تاكيد واري ان تركه كان احسن لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله واما المرأة فليست باهل للطلاق واضح وقوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انها اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتأكده بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله واذا اسلمت المرأة في دار الحرب ظاهر وقوله والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضت الناقة على الحوض من القلب الذي لا يشجع عليه الا افراد البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلث ان كانت ممن تحيض او ثلثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج عن الاسلام فكأنه اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البئر يعني في قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى فعل الواقع في البئر التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبعيا لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيفت الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعدٍّ لانه في غير ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المرأة اذا كانت مسلمة فهي كالمهاجرة على ما سيأتي حكم المهاجرة واذا كان الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال

فى الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها المدخول بها وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب فى الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما ههنا فالفرض انه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي المسلمة ظاهر وقوله ولان يبقى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يتحمل فى النكاح حالة البقاء وان لم يتحمل فى الابتداء الا يرى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد له وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطئ بشبهة ابتداء **قوله** واذا خرج احد الزوجين صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثره فى انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر فى الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته قد انقطعت ولم يؤثر فى الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم وقوله واما السبي فيقتضى الصفاء للسابى ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا تنتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره ان تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم ان لا يكون فى الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتقريره والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافى النكاح ابتداء ولهذا لو تزوج امة جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشراء

من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حيث يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لان ذلك من خصائص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي محل عمله لانها هي الرقبة وقوله وفي المستأمن جواب عن قوله كالحربي المستأمن او المسلم المستأمن وكان قد احترز بقوله حكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع * واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى ارض الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان يتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب العدة على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط الحرمات حكما فلزمت العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه الى اثر وحاصله ان التباين يربو على الموت الا ترى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من المولى لا يزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن ابن

ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي في كله فجزؤه اولى كما في الحبلى من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل الاول الاصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع الوطئ مطلقا وثابت النسب محرم فيمنع النكاح ايضا دون غيره **قوله** واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام واذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي رحمه الله ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها فحتى تنقضي ثلثة اطهار بناء على ما ذكرناه من تأكد النكاح وعدم تأكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا تنقضي عدة الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المرأة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله امتنع عن الامساك بالمعروف وابو يوسف رحمه الله مر على اصل له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة رحمه الله فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة باباء الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس والمال ويبطل الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب عن الشيئ الرافع له لا ينافيه فلا تكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وليس بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره

وحيث كانت المحلية منصورة العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة ابدا فلا يمكن ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تبائن الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي فى العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تبائن الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة بيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة رحمه الله لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لاتعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف رحمه الله يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله ولهذا اتتوقف الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهر وقوله ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها الى مايليه لان المسلمة اذا كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لاتجب النفقة على زوجها فحينئذ لايرتاب احد في عدم وجوب النفقة فى المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله لان الفرقة من قبلها يعني فكانت كالناشزة ولا نفقة لها وقوله وان ارتدا معا واضح ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب ارتدوا بمنع الزكوة وبعث اليهم ابوبكر الصديق رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يأمرهم بتجديد الانكحة والصحابة رضي الله عنهم متوافرة فحل ذلك محل الاجماع يترك به القياس وان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل فى الحكم كأنه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح

النكاح بينهما لا صرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف المهر عندنا وان كان الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان الاصرار بعد اسلام الآخر كانشاء الردة *

باب القسم

لما ذكر جواز عدد من النساء لم يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اهم بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر الفروج وغيرهما اوجب تاخيره والقسم بفتح القاف مصدر قسم القاسم المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امرأتان بتذكير كان مع اسناده الى المونث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله ولا فصل فيما روينا يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا من غير تفرقة بين الجديدة والقديمة وقال الشافعي رحمه الله ان كانت الجديدة بكرا يفضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فثلث ثم التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يفضل البكر بسبع والثيب بثلث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على القديمة فنفى المصنف رحمه الله الاول بقوله ولا فصل فيما روينا والثاني بقوله لاطلاق ما روينا وما رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها انه عليه السلام قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج ان يبتدأ بالجديدة ولكن بشرط ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة

والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة والصحيحة لمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل فالمجبوب والخصي والعنين والغلام الذي لم يحتلم اذا دخل بين امرأتين يجب عليهم القسم وقوله والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله بذلك ورد الاثر يعني ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة ثلثان من القسم وللامة الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع وقوله ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه انه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر هذا الكلام مشتمل على ثلث مسائل احدىها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي رحمه الله مستحقة والثانية انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحسبن تلك المدة اولا عندنا ليس لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون للاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا تجب التسوية فلا تكون تلك المدة محسوبة من نوبتها والثالثة ان بعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في القائم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى شاء لما قلنا فكذلك هذا والله اعلم *

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسائل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به ولا يشاركه فيها غيره سبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشور العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق في حرمة المصاهرة فكما ان الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطئ كذلك نشور العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة من مص شخص مخصوص وهو ان يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الآدمية في وقت مخصوص على ما نذكره بعد وقليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان والمصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به ان يدل على ان القليل منه غير محرم واما ان يكون منحصرا في خمس رضعات مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه يثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عائشة رضي الله عنها كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف وقوله ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سؤال

مقدر تقريره تحريم الرضاع باعتبار انشار العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت بشبهة البعضية الثابتة بنشور العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال الخصم بان ما رويتم اما مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده والانشار بالراء الاحياء وفي التنزيل ثُمَّ اِذَا شَاءَ اَنْشَرَهُ ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم وانبت اللحم اي قواه وشدده كأنه احياه ويروى بالزاء كذا في المغرب وقوله وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر وقوله لان الحول حسن للتحول من حال الى حال باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين يعني في وجه قول ابي حنيفة رحمه الله فتقدر اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تعالى وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلٰثُوْنَ شَهْرًا ووجه الاستدلال ما ذكره انه جعل مدة الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة رحمه الله هذه الآية يعني قوله وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلٰثُوْنَ شَهْرًا ووجهه ما ذكره ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو قوله ثَلٰثُوْنَ شَهْرًا وكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد من الدينين بكماله الا انه قام المقتضي للنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المقتضي على تقدير كونه حديثا يلزم به تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مأول فان عامة اهل التفسير جعلوا الاجل المضروب للدينين متوزعا عليهما فلم تكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف رحمه الله قطعية ويؤيده ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس رضي الله عنه ان خاصمتكم

ان خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلٰثُونَ شَهْرًا وقال وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ اَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ فحمله ستة اشهر وفصاله حولان فتركها واذا لم تكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية بآية مأولة ولا بعد فيه ولانه لابد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل بغيره ابقاء لحيوته وذلك اي التغيير بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا هو الذي وعده المصنف رحمه الله لزفر رحمه الله لكنه قدره بسنة كما في العنين وقدرناه بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغائر غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن وغذاء الفطيم اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لابد من تغيير الغذاء وتغيير الغذاء بستة اشهر فلابد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين محمول على مدة الاستحقاق وابهم المصنف رحمه الله الاستحقاق لان بعضهم قالوا المراد من لا رضاع بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد الحولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا تستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين بالاجماع وهذا لان قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع لنفي الجنس وعينه وقد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم الجواز محتملين فلم يكن حجة وعليه اي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ اَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ بدليل قوله بعده فَاِنْ اَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ فانه ذكر بحرف الفاء معلقا له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للرضاع في ازالة المحرم شرعا **قوله** واذا مضت يعني واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام الا في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله حتى لو فطم صبي

قبل الحولين اوقبل ثلثين شهراعند ابي حنيفه رحمه الله ثم ارضعته امرأة قبل ان يمضي عليها مدة الرضاع تعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذا استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر ومن الناس من سوّى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تمسكا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لامحالة والكبير لا يسمى رضيعا روي ان اباموسى الاشعري رضي الله عنه سئل عن رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبدالله بن مسعود رضي الله عنه فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم فلمابلغ اباموسى قال لاتسألوني عن شيء مادام هذا الحبر بين اظهركم وقد اتفقت الصحابة رضي الله عنهم على هذا **قوله** ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع مايحرم من النسب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع مايحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المصنف رحمه الله وهو واضح وقوله الاام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب ولها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية الاجنبيان على ثدي امرأة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج ام اخته التي كانت الام من الرضاعة التي انفردت بها رضاعا وقوله لماروينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع اولاسقاطهما جميعا وماوجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة الابن

الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة وقوله ولبن الفحل
من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله
صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة دليل
واضح على ذلك فان عائشة رضي الله عنها ارتضعت من امرأة ابي القعيس وكان اسم اخي
ابي القعيس افلح فلما كانت تلك المرأة اما لها كان زوجها ابا لها واخو الزوج عما لها لا محالة وروي
انها قالت يا رسول صلى الله عليه وسلم ان افلح اخا ابي القعيس دخل علي وانا في ثياب
فضل فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارضعتني المرأة لا الرجل فقال عمك
من الرضاعة وذا لا يكون الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه
في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل
ذلك او دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ندوة الرجل نفسه اذا نزل منه اللبن
لا يثبت حكم الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن الحاصل
من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان المعنى الذي
لاجله تثبت الحرمة بسبب الرضاع لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما نزل من ثندوة
الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير وطيء الميتة في انه لا يوجب
حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي ملبسة فانها توهم
ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من المرأة بسبب الولادة او الحمل
من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المرأة خاصة
لا لبن الفحل وان كانت تلك المرأة تحت زوجها وليس حل الوطيء في الاحبال شرط
الحرمة حتى لو زنى بامرأة فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لا يحل
للزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء اولاده لوجود البعضية
بين هؤلآء وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج الرجل واضح وقوله وكل صبيين اجتمعا

غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي واحدة اي ثدي امرأة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بابن الآدمية دون الانعام وقوله ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب احدا على المفعولية ومن ولد التي على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا تتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح وكان كلاهما بخط شيخي وثمان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة او مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذين التقديرين لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته معرفا باللام وكلاهما ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فسر محمد رحمه الله العلة قال ان لم يغير الدواء اللبن تثبت الحرمة وان غير لا تثبت وقال ابو يوسف رحمه الله ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون رضاعا وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي رحمه الله عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس رضعات من اللبن في جب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة هو يقول انه موجود حسا حقيقة فيكون معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين حلف لا يشرب لبنا فشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لان اللبن موجود حقيقة وان قل فعند التعارض ترجح الحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم يثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب فضلا حاليا وهو جهة الحرمة فكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما

كما ترى متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فما لم يكن الحكم موجودا لا مدخل له فيه سلمناه لكن تعارض ضربا ترجيح احدهما راجع الى الذات والآخر الى الحال والاول اولى وموضعه الاصول ويؤيد ماذكرناه ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في حب من الماء نجسته وان غلب الماء حقيقة لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر ومادونه في حكم القليل ولم تكن الحقيقة معارضة للحكم بل كانت مرجوحة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ بالطعام يصير اللبن تبعا للطعام وان كان غالبا حتى لا يسمى لبنا مطلقا وقوله فصار كالمغلوب فيه نظر لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب ان هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة واما اذا كان يتقاطر منه فتثبت به الحرمة عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا يثبت على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه هو الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه يتعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء يخلط به لتقويته على الوصول الى ما لا يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلت النظرههنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان القصد الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسرية الدواء ويلوح

الى هذا قوله واذا احلط دون اختلط وقوله ولان اللبن يبقى مقصودا **قوله** واذا احتلط اللبن بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف رحمه الله فى المسئلة الثانية لماذكرنا ان المغلوب كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا صب كوز من الماء العذب فى البحر ووجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الغلبة ههنا غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود ههنا متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين فى المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنىً فتثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا روايتان في رواية قوله كقول ابي يوسف رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي رواية كقول محمد وزفر رحمهما الله واصل المسئلة فى الايمان فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب فشربه فهو على هذا الاختلاف عند ابي يوسف رحمه الله لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد رحمه الله يحنث لان الشيء بجنسه يتكثر ولا يصير مستهلكا وقوله واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله قيد بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المرأة لان الحرمة تثبت بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل فى الحرمة ولم يبق محلا لها حتى يتعدى الى غيرها ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك فى اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والفائدة لم تنحصر في ظهور الحرمة فيها بل تظهر في حق الميتة دفنا وتيميما بان كان لهذه الرضيعة التي اوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن وييمم الميتة لانه

لانه صار محرما لها حيث صارت ام امرأته وقوله واما الجزئية جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطئ انما تثبت بملاقاته لمحل الحرث لتثبت به الجزئية ومحل الحرث قد زال بالموت فافترقا وقوله واذا احتقن الصبي باللبن قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال حقن المريض دواءه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد لعدم احتماله لسائر الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على التحقيق بمن يتصور منه الولادة كذا في النهاية * وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة اذا تأملت لكن اختصاصه بالانثى الولود من الحيوان وهو الذي يكون اذنها لا صموخا في غير الآدمي مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف وهو دليل على ان ما في الآدمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم السمك واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسمعيل البخاري رحمه الله صاحب الاخبار كان يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارا في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وجعل يفتي فقال له الشيخ لا تفعل فانك لست هناك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فاجتمعوا واخرجوه من بخارا **قوله** واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان كان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز له التزوج بالصغيرة لانها

ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها تعمدت الفساد ولم تتعمد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها اجاب بقوله والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها الا يرى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها ولا يقضى لها بشيء من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها اسقطت حقها ولم يلزم ان كلما لم تقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها امر اخرجها عن محلية النكاح كالردة الحاصلة بتبعية الابوين اسقط حقها ويرجع به اي بما ادى الزوج من نصف المهر للصغيرة على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت دفع الهلاك عنها جوعا فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد رحمه الله انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني في تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في التسبيب والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حد التشهي وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها مسببة في ذلك بالتاكيد لا مباشرة اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا لان وضعه لتربية الصغيرة لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق الحال بتاديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا ولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك

(كتاب الرضاع)

هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوطه لان مايفوت به المبدل يفوت به البدل ايضا وتقرير كلامه الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان على شرف لسقوط لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا لالزامه كيف وجب على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة تجب بالنص ابتداء لقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه اي وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط فهي مسببة واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع مفسد وقصدت به الفساد واما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت به ولكنها قصدت دفع الهلاك من الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها مأجورة بذلك اي بالارضاع لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم وكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به **قوله** ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال اجنبيات كن او امهات الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادة اربع منهن وقال مالك رحمه الله تقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي رحمه الله ان الرضاع يكون بالثدي ولا يطلع على ذلك

رجل لحرمة النظر اليه وعنده شهادة اربع منهن شرط فيما لا يطلع عليه الرجال لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر الى ثديها ووجه قول مالك رحمه الله ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا يأكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ولا ان يحبس الثمن عن البائع ولما ما ذكره في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله اعلم بالصواب *

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخّره عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة وسببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او العدة التي تصلح بها محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل واقسامه ما يذكره *

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة لقوله تعالى لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ اِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ وقوله تعالى يَا اَيُّهَا النَّبِيُّ اِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وامثالهما واقسامه ثلثة حسن واحسن وبدعي على ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد من الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديد النكاح من غير استحلال واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها نظرا

نظرا اليه لان اتساع المحلية نعمة في حقهن فلا يتكامل ضرر الايحاش وقوله ولاخلاف لاحد في الكراهة اي في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا الطلاق وقوله لان الاصل في الطلاق هو الحظر لانه قطع للنكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله والاباحة لحاجة الخلاص اي لضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم مُرْهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسها فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق بها النساء واشار به الى قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ قال ان شاء امسك بعد وان شاء طلق خيره بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امرأة له وهي حائض ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله ولان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك رحمه الله والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي من الجماع مقامه فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كأن الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشائخ رحمهم الله في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل

العدة وهو رواية ابي يوسف رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله واختاره بعض المشائخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت لانه لواخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلي بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف رحمه الله والاظهر ان يطلقها كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا رحمه الله قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلث في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا فعل ذلك وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل طلاق مباح يعني في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق في هذين الوقتين حرام عنده ايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه يلتبس امر العدة عليها لا تدري اهي حامل فتعتد بوضع الحمل او غير حامل فتعتد بالاقراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكنى والازدواج واكتساب الولدان وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح لحاجة الى الخلاص كما تقدم ولا حاجة الى الجمع بين الثلث فان قيل كما لا حاجة الى الجمع بين الثلث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة

الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام الحاجة فيما يتصور وجودها
وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث مع
ارتفاع النكاح بالاول غير متصور اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال
ان يكون سيئة الاخلاق بذية اللسان فيسد الزوج باب امكان التدارك مع صيانته عن عروض
الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا يجوز ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص
فلم يؤثره اظن انه اراد بالنص قوله تعالى اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فانه يدل على انه مفرق ويجوز ان
يراد به قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه ان من السنة ان يستقبل الطهر
استقبالا الحديث وقوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر
ووجهه ان المشروعية لذاته لا يجوز ان يكون محظورا لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى
في غيره كما ذكرناه من فوات مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء
والصلوة في الارض المغصوبة وقد قررناه في التقرير وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة
لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث . وقوله واختلفت الرواية ظاهر **قوله** والسنة
في الطلاق من وجهين السنة في الطلاق من وجهين احدهما في الوقت والآخر في العدد
فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان لا يزيد على
الواحدة وسمي الواحد عددا مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيتيه والسنة
في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا
ان شرعيته باعتبار الحاجة والمراعى له دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة
في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيها دليل الحاجة ليقام مقامه وغير المدخول بها حيث لم ينل
منها شيئا فالرغبة فيها باقية سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها عن السني
في اي وقت كان خلافا لزفر رحمه الله فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح

وعورض بان ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر رضي الله عنه انما السنة ان يستقبل الطهر باطلاقه يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس بسنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها ولا عبرة لخصوص السبب واجيب بان الخصوص لم يثبت بخصوص السبب بل بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها وان كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ اِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلٰثَةُ اَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ يعني ان اشكل عليكم حكم اعتدادها بين الطائفتين فحكمهن هذا وقوله وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ مبتدأ خبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر وقوله والاقامة في حق الحيض خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا رحمهم الله ان الشهر قائم مقام الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة رحمه الله ظن بعض اصحابنا ان الشهر في حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض في حق التي تحيض حتى يتقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاقي السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجديد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا المعنى فكان الشهر قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر لما اقيم مقام الحيض فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقع الطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلثة اشهر مقام ثلث حيض بل يكتفي باقامة شهر واحد مقام ثلث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلث حيض تحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة

المدة طهر حقيقة ولكنها اقيمت مقام الحيض وما قام مقام الحيض لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قائما مقامه فكان قائما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا يرى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة ليس بحرام ولو كانت الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام رحمه الله والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام حيض تنقضي بها العدة وهي انما تكون في ثلثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم تقم الاشهر مقام مدة الحيض حتى يكتفى بشهر واحد ولم تظهر لي فائدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم لما اجمعوا على ان في الاستبراء يكتفى بالحيض لا غير من غير توقف الى الطهر والشهر قائم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا ان الشهر قائم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما كان لتحقق عدد الثلثة لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من الحيض فكانوا محجوجين بما قلنا الى هذا لفظه ليس بشيء كما ترى لان الزام الحجة على احد المختلفين لا يكون فائدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسئلة لا يكون الزام الحجة على الخصم **قوله** ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق اي في حق التفريق بين طلاقي السنة وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ويجوز ان يطلقها اي الآيسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة الحلوائي وكان

شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحمل واما اذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف رحمه الله لان الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا هنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر وانما تجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر * ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي نحن فيها من الآيسة والصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة وقوله والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر جواب قول زفر رحمه الله ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضتا تساقطتا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم الفصل بين وطئها وطلاقها وهو فاسد لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطء والطلاق لذاته وانما تأثيره ان لا يقع الطلاق اصلا ولا يتكرر كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم الدائر على الدليل وهو الفصل وقوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة يعني قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لعدتهن قال ابن عباس رضي الله عنه اي لاطهار عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الآيسة والصغيرة على الاشهر لانها في حقهن كالقروء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة الحامل وان طالت فهي طهر واحد حقيقة وحكما الا يرى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتدة طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا يفرق التطليقات فيه

فيه ولهما ان اباحة الطلاق للحاجة لما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند الحاجة الى الخلاص عند العجز عن التفصي عن حقوق الزوجية والشهر دليل الحاجة كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا اي كون الشهر دليلا في حق الحامل كما في حق الآيسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد وجد ما ابيح لاجله الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف الممتدة طهرها جواب عن قياس قول محمد رحمه الله بالفرق بان هناك لايصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لايكون محسوبة منها فتطول العدة عليها نقل صاحب النهاية عن شيخه رحمه الله ان المراد بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضد الامر المذكور في قوله تعالى فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ اي لاطهار عدتهن والامر المذكور في قوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها لانه لما كان مأمورا برفع الطلاق الواقع في حالة الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين رحمه الله المراد بالنهي قوله تعالى وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يمنع المشروعية كما عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وكان قد طلقها في حالة الحيض وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المصنف رحمه الله ثم الاستحباب قول بعض المشائخ رحمهم الله ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصرف اليه بقرينة ان الرجعة

حق له ولا وجوب على الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر قيل الامر لعمر رضي الله عنه وحقيقة الوجوب على عمر رضي الله عنه ان يأمر ابنه بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على ابنه واجيب بان فعل النائب كفعل المنوب وصار كان النبي صلى الله عليه وسلم امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر رضي الله عنه يجب عليه المراجعة وقوله ورفعا للمعصية معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا لضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة وقوله قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال المصنف رحمه الله وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ووفق الكرخي رحمه الله بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما والمصنف رحمه الله ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث رواه البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مُرْهُ فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسها وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه مُرْهُ فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا تعارضت الروايتان ذهب المصنف رحمه الله الى بيان وجهيهما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر **قوله** ومن قال لامرأته اعلم ان من قال للمدخول بها انت طالق ثلثا للسنة فاما ان يكون من ذوات الاقراء اولا وكل واحد منهما على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له

ولانية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وان نوى ان تقع الثلث الساعة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر وكذا رأس كل شهر وقال زفر رحمه الله لا تصح نية الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة وضد الشيء لا يراد به ولنا ان اللام فيه اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى السنة وقوعا لان وقوع الثلثة دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهي سني من هذا الوجه ومن حيث انه عرف صحة وقوعه بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من طلق امرأته الفا بانت منه بثلث والباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي وقوعا وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا قال سني وقوعا وان كانت آيسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا قبل هذا لان الشهر الواحد في حقها قائم مقام الحيض واذا نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه لم يقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى ثلثا جملة قال المصنف رحمه الله لا تصح قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان اللام فيه للوقت

ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف واذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا تصح نية الثلث بخلاف ما اذا ذكر ثلثا لان الثلث مذكور صريحا فتصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام رحمهم الله ان نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلثا لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن واحسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لاجماع فيه والحسن ان يطلقها الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال انت طالق ثلثا للسنة اوطلاقا للسنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعى وقوعها جملة ودليله يدل على التفريق على الاطهار كما ترى ونقل قاضيخان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلثا وفيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المصنف رحمه الله عدم الوقوع جملة *

فصل

لما ذكر طلاق السنة لكونه الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنائم لقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون والمراد بالجواز النفوذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان اهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما الصبي فلان المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما له فيه

فيه مضرة والنائم عديم الاختيار في التكلم وشرط التصرف الاختيار فيه وطلاق المكره واقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك الا يرى ان من اراد ان يقول لامرأته اسقيني فقال انت طالق وقعت وان لم يكن مختار الحكمه لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته اي حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على رأسه دليل على انه كاذب فيه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله في حال اهليته احتراز عن الصبي والمجنون وتقرير حجته ان المكره قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته لانه عرف الشرين الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين آية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما في الطائع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود في المكره لحاجته الى ان يتخلص عما توعد به من القتل او الجرح وقوله الا انه غير راضٍ بحكمه جواب عما يقال لو كان المكره مختارا لما كان له اختيار فسخ العقد التي باشرها مكرها من البيع والشراء والاجارة وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضاء بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذي يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين الهازل والمكره فرق وهو يبطل القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد في حكم العدم فلا يلزم من الوقوع في الهازل الوقوع في المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا في السبب اما في حق الحكم وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالآخر

حائزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخي رحمه الله والطحاوي رح عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكره فى الكتاب واصح خلا ان في كلامه تسامحا لانه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب ولاخطاب بلاعقل بل هو مغلوب ولما كان المغلوب كالمعدوم اطلق الزوال مجاراة للخصم حيث لم يضره ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثاني انه لما جعل العقل باقيا فى الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب عن الاول بان الشرب نفسه معصية ليس فيه امكان انفصال ولا جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها عنه ابتداء وانتهاء فكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها وعن الثاني بان الركن فى الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لايكاد يثبت على شيء فيجعل راجعا عما اقر به فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفي قوله بسبب هو معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثاني ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره وهو ان يكون من مباح كالبنج ولبن الرماك وغير الخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء في حق وقوع الطلاق والعتاق واكد ذلك بقوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لايقع طلاقه لانه لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب فكان علة العلة والحكم يضاف اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك واجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم تكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر في عدم الوقوع كما اذا جن وقوله وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله وطلاق الامة ثنتان اثبت الطلاق باعتبار التطليقة وكلامه

كلامه ظاهر ووجه الاستدلال له بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه صلى الله عليه وسلم قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله تعالى قال الله تعالى وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ الآية ومعنى الآدمية في الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبيد من الولاية والشهادة ولخلوصه عن معنى المالية التي تجعل المملوك في كون البهائم مقهورا فكانت مالكيته ابلغ واكثر فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حراكان او عبدا والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حراكان مالكا قلت اذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل ومذهبه قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ووجه الاستدلال انه صلى الله عليه وسلم ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثم معهود فكان للجنس وهو يقتضي ان يكون طلاق هذا الجنس اثنتين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان للاماء ثنتان فلم تبق اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت العبد عملا بالحديثين اجيب بانه يقتضي ان تكون الهاء في وعدتها عائدة اليها فيكون تخصيصا لها لكون عدتها حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام فيكون المراد بالامة الامة تحت عبد والضمير عائد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابية لا يجدي في مقام الاستدلال ولان حل المحلية اي حل ان تكون المرأة محل النكاح نعمة في حق المرأة لانها تتوصل بذلك الى درور النفقة والكسوة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة في حقها يتنصف بالرق فان للرق اثرا في تنصيف النعم في الرجال فان العبد لا يملك من التزويج ما فوق

الاثنتين فكذا في حق النساء فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضي ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا اي طلقة ونصف طلقة تنقيصا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وقوله وتاويل ما روي يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا معلوم فلا يحتاج الى ذكره اجيب بل كان الى ذكره حاجة لان المرأة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت فكان ذلك طلاقا منها ورفع ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال * واذا تزوج العبد امرأة باذن مولاه وطلقها وقع الطلاق ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الآدمية والعبد مبقى فيها على اصل الحرية وكان يجب ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به لتضرر المولى فيه فتركناه لاجله والله اعلم *

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال الطلاق اي التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحة فالصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا تبطل الزوجية وردبانه قال احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم الزوج حقيقة وهي لا يترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جاريته بالخيار له وللمشتري فانه لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البائع ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك والصريح يقوم لفظه مقام معناه

معناه فلا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله وانه يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة اذا لم ينو شيئا وكذا اذا نوى الابانة لانه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى تنقضي العدة وتحقيقه ان الله تعالى سمى الرجعة الامساك والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق حجة فيما نوى فيه ولو قال لان الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضروري والضرورة تندفع بالرجعي فلا حاجة الى البائن لكان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعني قصده وتقرير الحجة لانه قصد تقديم ما اخره الشرع الى وقت وكل من فعل كذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث اصله بقرة بني اسرائيل ولو نوى الطلاق من وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين في القضاء اي لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تديينا وكلته الى دينه واستعمل في التصديق مجازا لانه خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح فيه الى ما ليس بمتعارف فيما عليه تخفيف وكذلك لا تسع المرأة ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله اذ الطلاق من الاطلاق يستعمل في الابل او الوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اي بقوله طالق الطلاق من العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل اي المرأة بتاويل الشخص او الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وهو النكاح وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحي والقيد النكاحي غير مقيد بالعمل والطلاق ليس لرفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل

في التخليص فكان معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية تحتاج الى النية وقوله ولا يقع به من كلام القدوري متصل بقوله فهذا يقع به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اي ولكونه محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه ضده والضد لا يحتمل الضد وقوله وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضروري تتصف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له فكان ثابتا ضرورة صحة الكلام والمقتضى لا عموم له وقوله والعدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح وقوله واذا قال انت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية الثلث كما لا يصح في انت طالق واجيب بان نية الثلث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فهو مصدر في اصله وان وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقية كلامه واضحة **قوله** ولو قال انت طالق الطلاق

ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى

احرى فان لم تكن موطؤة لغا الثاني وان كانت موطوءة يصدق وتقع طلقتان رجعيتان لان
كل واحد منهما صالح للايقاع بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق
ولو اضاف الطلاق الى جملتها مثل قوله انت طالق لان التاء ضمير المرأة وذكر هذا وان كان
قد علم مما قبله تمهيدا لذكر ما بعده او الى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق
قال الله تعالى فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ولم يرد الرقبة بعينها وكذلك العنق قال الله تعالى فَظَلَّتْ أَعْنَاقُهُمْ
لَهَا خَاضِعِينَ ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح ولو قال يدك
طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا
الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن
لهما انه جزء مستمتع بعقد النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح
وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا اضيف
اليه الطلاق يثبت الحكم فيه توفية لحق الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع
فان قيل لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد اذا اضيف اليه ثم سرى الى الكل
اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان السراية ممتنعة اذ الحرمة في سائر
الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فتمنع عن السريان وفي الطلاق الامر على القلب
يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء وقوله ولنا انه اضاف الطلاق الى
غير محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا ورد
عليها دخل الاتباع كما في شراء ملك الرقبة فيكون ذكر الاصل ذكرا للتبع اما اذا ذكر
التبع فلا يكون ذكرا الاصل فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم
باليد عن جميع البدن في قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده اجيب
بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا قال اردت اضمار
صاحبها طلقت وانما الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلوائي رحمه الله

اذا قال لها رأسك طالق وعني اقتصار الطلاق على الرأس لا يبعد ان يقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبارة عن جميع البدن لا يبعد ان يقول بانها تطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف فيه المشائخ رحمهم الله فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا يتصور النكاح بدونهما بخلاف اليد والرجل قال المصنف رحمه الله والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد منهما لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن ولهذا لو قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اي نصف التطليق او ثلثه غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا اقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى وجب اكماله والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف تطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين تكون ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام رحمه الله انما اورد يعني محمدا رحمه الله هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثلثة في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذه التسمية الطلاق يعني اراد ثلث تطليقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف تطليقتين اذا كان تطليقة فثلث انصافهما يكون ثلث تطليقات ومن الناس من قال لا يقع شيء لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول تقع واحدة لان ذكر العدد صار لغوا فبقي قوله انت طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه

لجواره عند ابي حنيفة رحمه الله والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل وطولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الاثنتين ولم يقل قدا وقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع تطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امرأته ثلث مرات نصف تطليقة طلقت ثلثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع التطليقتين نصف تطليقة فثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فتقع تطليقتان فلا وجه الى صرف الكلام من ظاهره وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل تقع طلقتان وهو المنقول من محمد رحمه الله في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال العتابي هو الصحيح لان ثلثة انصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشائخ رحمه الله تقع ثلثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان الطلاق لا يقبل التجزية فيصير ثلثة انصاف طلقة ثلث تطليقات لا محالة **قوله** ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين اذا طلقها مشتملا كلامه على الغايتين فاما ان تدخل الغايتان وهو قولهما او لا تدخل وهو قول زفر رحمه الله او يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة رحمه الله والقسم الرابع وهو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد وجه قول زفر رحمه الله ان غاية الشيء لا تدخل فيه والا لم تكن غاية كما في المحسوسات مثل قوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط وهو قياس محض وروي ان اباحنيفة رحمه الله حجه حيث قال له كم سنك فقال ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحير وروى فخر الاسلام ان الاصمعي رحمه الله هو الذي حجه على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامرأته انت طالق ما بين واحدة الى ثلث

قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين فقال له ماتقول في الرجل قيل له كم سنك
فقال ما بين ستين الى سبعين او يكون ابن تسعة فتحير زفر رحمه الله وقال استحسن
في مثل هذا ويلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع شيء وقيل يقع واحدة
لانه لما جعل الشيء الواحد حدا او محدودا الغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك ونفي انت طالق
ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام في العرف يراد به الكل كما يقال لغيره خذ
من مالي من درهم الى مائة * ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر من
الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين
الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه
لا يتمشى في قوله من واحدة الى ثنتين واجيب انه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث
والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه
يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل والاكثر في كلام المتكلم والثلث
غير مذكور فيه واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما عدد كما في
قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقوله والاقل من الاكثر معناه
اذا لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا الاعتراض ساقط
وقوله وارادة الكل جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم
الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن قول زفر رحمه الله ووجهه ان القياس
ان لا تدخل الغايتان كما ذكرت الا ان الغاية الاولى لا بد وان تكون موجودة لانه اوقع
الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وقوله بخلاف البيع
جواب عن قوله كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط ووجه ذلك ان
القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في
ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليترتب عليه

عليه الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا انه لابد من وجودها لصرورة الثانية ووجودها وقوع ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع الا واحدة ولم يضطر فيه الى الاولى لوقوع الثانية واجيب بان قوله ثانية صار لغوا بخلاف قوله من واحدة الى ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق ولا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر رحمه الله تقع ثنتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض ازالة كسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه محتمل لان الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف وقوله ولو كانت غير مدخول بها واصح وان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم تكن لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فَادْخُلِي فِي عِبَادِي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا للآخر وبين الظرف والمظروف معنى من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق معنى فهي لا يصلح ان يكون ظرفا للغير فيلغو ذكر الثاني * ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب والضرب تضعيف احد العددين بقدر ما في العدد الآخر كاربعة في خمسة يحصل عشرون لان العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان يكون اربعا بعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق

على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب * ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا عنده فكيف صح تاويله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من الصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه خطابية لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنده في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل وصفه بالقصر لانه اذا وقع وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما وراءه * ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان آخر وقوله وان عنى به ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط لمقارنته اي لمناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط قاله شمس الائمة رحمه الله وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط *

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكر ههنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه واضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واصح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي العموم يحتمل التخصيص فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة لكنه مخالف

مخالف للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار ولا يصدق قضاء ولقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من اجزائه لا من افراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار مخصوصة فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قال انت طالق اليوم غدا طاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا للطلاق آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق والاصل خلافه فلا يصار اليه في غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيها يفضي الى المكروه وهو ايقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثاني لغوا ولو قال انت طالق في غد على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه وقوله لابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين في القضاء اذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفها فيدين قضاء وديانة الا يرى ان من حلف ان لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق ديانة وقضاء وان كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا تحتاج الى النية وانما يحتاج اليها ما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقة وغد يقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى إِنَّا لَنَنصُرُ رُسُلَنَا وَالَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ويوم يقوم الاشهاد فانه لا استيعاب فيما فيه الحرف وهو ثابت فيما لا حرف فيه وبيانه ان الله تعالى

ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لان نصرة الله اياهم في الآخرة دائمة واما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع في بعض الاوقات لانها دار الابتلاء وكلما هو حقيقة في احدهما فهو مجاز في الآخر واذا عرف هذا فتكون نيته حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو توكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته ان يكون مراده بقوله في غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه اصول الفقه وباقي كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة معهودة اي معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي اضاف اليه الطلاق ويلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلق ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكأنه قال ما كنت امس في قيد نكاحي واذا امكن ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان هذا الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن في قيد نكاحه وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوي يمنع المصير الى المفهوم الشرعي فان ذلك يفضي الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما ان قوله انت طالق امس لمن تزوجها اليوم اما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق او محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى المفهوم اللغوي انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعي اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه منعه صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعني ان هذه المرأة اما ان تكون مطلقة زوج آخر اولا فان كان الثاني جعل قوله انت طالق امس اخبارا عن

من عدم النكاح مجازا و ان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج وان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما على الوجه الثاني فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما في قوله ان لم آت البصرة يعني كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد يقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك ههنا وموتها بمنزلة موته يعني يقع الطلاق قبيل موتها ايضا وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها مالم تمت وانما عجزه ... فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن ايقاعه قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت بينهما قبل موتهما بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله انت طالق ان لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو ان في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق في زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من اجزاء حيوته فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق

قوله ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك اذا قال لها انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك فاما ان نوى شيئا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع في الحال وان نوى الشرط وقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثاني فقد

اختلف فيه العلماء قال ابوحنيفة رحمه الله لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين واستدل لهما بقوله تعالى اِذَا الشَّمْسُ كُوِّرَتْ لافادة الوقت الخالص في امر مترقب اي منتظر لا محالة وبقوله واذا تكون كريهة ادعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب * لا فائدة في امر كائن في الحال واشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ولهذا لوقال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولوكان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في ان ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه * واستغن ما اغناك ربك بالغنى * واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهي ليست بموضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل على جانب الظرفية اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انه للوقت لايخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت ولا يمكن ان يكون مخرجا للامر عن يدها والالزم ان يكون الشيء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثم ولو قال لها انت طالق مالم اطلقك انت طالق فالاصح واوله بقوله موصولا لانه اذا قال ذلك مفصولا وقعتا قياسا واستحسانا لانه وجد الزمان الخالي عن التطليق وقوله واخواته يريد نحو قوله لايلبس هذا الثوب وهو لابسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزعه في الحال ونزل منها لا يحنث وان

وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجد ان وقت الاشتغال بالسرج والنزول وقوله ومن قال لامرأة يوم اتزوجك فانت طالق هٰهنا ثلثة الفاظ النهار والليل واليوم اما النهار فللبياض خاصة واما الليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية واما اليوم فانه يستعمل في بياض النهار خاصة ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب الاكثران اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم احتلال الفهم لوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيترجح احد معنييه على الآخر بما قرن به فان كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها الصحة ان يقال لبست يوما او ركبت يوما او ساكنت يوما يحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا اليق به وان كان مما لا يمتد به كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت او دخلت او قدمت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الآية والمراد به مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا وقوله والطلاق من هذا القبيل يعني انه من قبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر المظروف دون المضاف اليه لانه لتمييز المضاف بين سائر الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة وكذا اذا قيل عبدي حر وامرأتي طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختاري يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدومه ليلا او نهارا لعدم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما لامتداد المظروف في الثاني دون الاول واعتبار عامة المشائخ رحمهم الله انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف فان قيل اعتبر المصنف رحمه الله المضاف اليه

في مسئلة يوم اكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لان الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشائخ رحمهم الله وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استعمالها فيها *

فصل

لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل اُخر متنوعة وكان حقها ان تذكر في مسائل شتى ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين فان الحل مشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب انها تملك المطالبة بالوطئ كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح والطلاق وضع لرفع ذلك لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليه كما صح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم وقلنا لانسلم ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة والزوج مالك وهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان في ملك شخص واحد وقوله ولهذا اي ولانها مملوكة سميت منكوحة اي وارد عليها ملك النكاح بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما

اضافتهما الى الزوجين ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها * قيل لو كان الزوجان في الابانة والحل مشتركين لا تحدا في حق اضافة الابانة والحرمة اليهما واللازم باطل فانه اذا قال انت بائن او حرام ونوى الطلاق وقع ولو قال انا بائن او حرام ونوى الطلاق لم يقع مالم يقل منك او عليك واجيب بان هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره ما دامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت بائن او حرام واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلابد من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة وقوله ولو قال انت طالق واحدة اولا فليس بشيء ظاهر وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة اولا وبين قوله انت طالق واحدة اولا شيء في حق التشكيك في الايقاع او في حق الوضع وقوله ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير قول الكل وعن محمد رحمه الله فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في انه لا يقع شيء فكان عند محمد رحمه الله ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد رحمه الله في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا قال انت طالق واحدة اولا شيء ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه وقوله له اي لمحمد رحمه الله انه ادخل الشك ظاهر وقوله ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الوصف يعني انت طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلثا كان الوقوع بذكر العدد واطلق العدد على الواحد مجازا من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق اولا وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الا يرى وهو واضح وقوله على ما مر اراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد وقوله فلا جتماع بين المالكية

والمملوكية قد تقدم تقريره مستوفى وقوله ولان ملك النكاح ضروري بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فاذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرأ عليه لا حل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه يعني من حيث العدة لانها اثر من آثاره فلا تجب مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه ولا من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي وقوله لا عدة هنالك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل وطئها واما العدة في نفسها فواجبة حتى لو اعتقها ليس لها ان تتزوج بآخر قبل انقضاء عدتها **قوله** وان قال لها وهي امة لغيره ومن قال لامرأته وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم شيء من آداته وانه تعليق التطليق والمذكور هو الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلما بينه المصنف رحمه الله بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم تعلق به والمذكور يعني بقوله مع عتق مولاك اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرأ انما يعتد فيما يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار

واشار الى ذلك بقوله والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال لان اللفظ ينتظمهما اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لما لم يتصور في غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه بقوله قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام وفيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا لمعنى الاعتاق وما وجه الشق الثاني من الترديد والثاني انه على ذلك التقرير يجب ان يقع طلاق من قيل لها وهي اجنبية انت طالق مع نكاحك لانه يكون بمعنى ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجه النظر الى لفظ العتق ليتبين اثره فيما اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن الثاني بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيزا وتعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز ولا التعليق الا بالنكاح بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد حرمت عليه حرمة غليظة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله

زوجها يملك الرجعة كما في المسئلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد رحمه الله على
ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الاصلاح بالعناية وانا اذكره بتوضيح تبعا
للمصنف رحمه الله قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى معنى يعني على وجه
التعليق حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهي
مجيء الغد والمعلق بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية لحكمهما
ايضا والعتق يقارن الاعتاق لانه علته والحكم لا يتأخر عن العلة زمانا عند المحققين
سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصله الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق
مقارنا للعتق لان التطليق مقارن للاعتاق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق لما ذكرنا
انه علة لا يتأخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فتطلق بعد العتق
فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن
العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع
بعده واذا كانت العلتان والمعلولان معا فكما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق
والطلقتان بحرمان الامة حرمة غليظة وظهر من هذا جميع ما ذكره وقد ذكر لمحمد رحمه الله
ايضا ان قوله انت حرة اوجز من قوله انت طالق ثنتين وهما اي الاعتاق والتطليق
يوجد ان بهذين اللفظين في زمان واحد فيقدم اوجزهما في الوجود وهو قوله انت حرة
فتصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب الا ان قوله في زمان
واحد يناقض قوله فيقدم اوجزهما *

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامرأته انت
طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصبع تفيد العلم

العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني
ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة
وان اشار بثنتين فهي ثنتان وقد طعن بعض الجهال على محمد رحمه الله في قوله سبابة بانه
اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء في الحديث السبابة روى عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف
الطهور فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء وتوضأ فادخل اصبعيه السباتين
اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسبابتين باطن اذنيه رواه الطحاوي رحمه الله في شرح
الآثار وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا
اقترنت بالعدد المبهم وقوله والاشارة تقع بالمنشورة منها ظاهر وقوله ولنا انه وصفه اي وصف
الطلاق بما يحتمله لفظه الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم تكن
من محتملاته لم تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المعنيين المحتملين واعترض
عليه بانه لو كان متحملا لها لجاريتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنةً اذا نوى وليس
كذلك واجيب بان النية انما تعمل اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله
انت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم
ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع
واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية بدليل انه
لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم
اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لئلا يتغير المشروع وهو شرعية
الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله ومسئلة الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل تقع واحدة
بائنة ولئن سلم فالفرق ان في قوله ان لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه

بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخي العلامة وقوله فتقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن له نية اونوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا وقوله تطليقتان بائنتان يعني عندنا وقياس قول الشافعي رحمه الله تطليقتان رجعيتان وقوله لان هذا الوصف يعني قوله بائن او بتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول انت بائن اوانت بتة ونوى به الطلاق وكذا اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا صار الثاني بائنا وهذا يشير الى ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا صحيح ظاهر ومن الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وهي قوله فيقع واحدة بائنة اذا لم يكن له نية اونوى الثنتين ولو نوى الثلث فثلث ولو نوى بقوله انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق اخرى تقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق اواشره اواشده اواكبره اواسوءه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره فصار كأنه قال انت بائن فان قيل افحش الطلاق او اشده ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا وافحش والفاحش هو البائن والافحش منه الثلث فينبغي ان تقع الثلث به نوى اولم ينو واجيب بان افعل التفضيل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير زيادة

من غير زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور يسمى للاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي تبتني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه في قوله مثل رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله خاصة على تقدير ان يكون محمد رحمه الله مع ابي يوسف رحمه الله وقوله مثل عظم رأس الابرة تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقوله مثل الجبل تقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وزفر ومحمد رحمهم الله ان كان مع ابي حنيفة رحمه الله وقوله مثل عظم الجبل تقع به واحدة بائنة بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف رحمه الله فلذكر العظم واما عند زفر رحمه الله فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس *

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الاصل وله احكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير الملموسة انت طالق ثلثا وقعن وقال الحسن البصري رحمه الله تقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي اجنبية فلا يقع به شيء كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما قال في الكتاب وهو لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا يعني قبيل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى آخره وانما يقدر المصدر المحذوف لان الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لعدم دلالة الوصف عليه فاذا كان الواقع مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لازداد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جميعا جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد

ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا تقع الثانية اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لان الثانية صادفتها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة * ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة تبطل لانه قرن الوصف بالعدد وكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل * وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا انه اذا قرن الوصف بالعدد كان الواقع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا توافق ما قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لما ان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلث صادف المرأة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في الصورتين للعدد لا للوصف

قوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف رحمه الله في الكتاب احدهما ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قيل لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فتقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال فتقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقتضي ايقاع

ايقاع الاولى وايقاع الثانية قبلها فتقترنان كما مر وقوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى وتلغو الثانية لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان كلمة مع للقران فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقا للمرادة فوقعتا معا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه وجودا وذلك فى الطلاق بالوقوع وقوله فى المدخول بها تقع ثنتان فى الوجوه كلها اي فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى **قوله** ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو واما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله تقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينها فتعلقن جملة وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لان تحققه فى الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين وعلى اعتبار الاول تقع الجملة وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذا اللفظ بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحد شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فيه فوقع الترتيب وبانت بالاولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وقوله ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي رحمه الله فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا

كما في صورة الواو سواء قدم الشرط او اخره عندهما خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح **قوله** واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او مايقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ثم الكناية على ضربين مايكون الواقع به واحدة رجعية ومايكون واحدة بائنة فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحدة منهن من احتمال معيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بمايقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المصنف رحمه الله في كل واحدة منها ذلك وكلامه فيه واضح وقوله لان قوله انت طالق فيها اي في هذه الالفاظ الثلثة مقتضى اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي رحمك كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا وقوله او مضمر يعني في قوله انت واحدة ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشائخ رحمهم الله يعني سواء قال انت واحدة بالنصب او بالرفع او بالسكون وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشائخ رحمهم الله انه يقع الطلاق اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ تكون صفة شخصها وقيل هو قول محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله يقع فى الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن العرض وان اخطأ فى الاعراب وان اسكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعيين والصحيح ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب * والثاني هو بقية الكنايات وهي المذكورة فى الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله للطلاق وغيره الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي يحكم بالوقوع

بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جوازنية الثلث فلان الواقع بها اذا كان بائنا فالبينونة تتصل بالمرأة للحال ولا تصالها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى المحل وتعدد المقتضي بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمثنى بمعزل من ذلك قال المصنف رحمه الله سوى يعني القدوري سوى بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس على اطلاقه بل انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلابد من بيانه وبين بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق بان تسأله ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات على ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استتري تخمري اما صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجي اتركي سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واغربي وقومي واما تقنعي فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه هو ان ينوي واقنعي بمارزقك الله مني من امر المعيشة واتركي سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو اهم لك من سؤال الطلاق وكذا قوله استتري وتخمري لانهما من الستر والخمار ومايصلح جوابا لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والخمسة الاولى تصلح للسب والشتمة ايضا اذا عرف هذا ففي حالة الرضاء لايكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلابد من النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر هو ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق والحكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ السبعة المتقدمة وقوله ومايجري هذا المجرى يريد به مثل اغربي واستتري لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد او السب الا فيما

يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم وهو ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب وهذه اربعة الفاظ وقيل خمسة الفاظ خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف رحمه الله بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الى ملكي اوانسب اليك بالملك ولا سبيل لي عليك بسوء خلقك واجتماع انواع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لدفرك وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك اوحش من ان تكوني حليلتي **قوله** ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة رضي الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف رحمه الله احدهما قوله كيلا ينسد عليه باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك دفع المرأة عن نفسه لانه لو لم تقع البينونة عند نيته عسى ان توقع المرأة عليها نفسها وقبلته بشهوة فثبتت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا

كذا في النهاية وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني
وان جعلت الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد النكتة جملة لان وقوع المراجعة من غير
قصد لا يستقيم على مذهب الشافعي رحمه الله واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان يفسر
قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الاسباب فيريد
فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له الرجوع فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلثا
ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك واما اذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما
الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا الدليل يدل على ان تصرف
الابانة قد صدر من اهله الى آخره فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف تصرف
الابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة قد صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل
يدل على ان الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج اليها
لا بد منها وهي لا يمكن ان تكون البينونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين ان تكون
البينونة الخفيفة بطلقة واحدة وقوله وليست بكنايات على التحقيق جواب عن قوله لانها
كنايات عن الطلاق وتقريره ان الكنايات عن الطلاق الصريح انما يكون كالصريح
في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقائقها وقوله والشرط تعيين
احد نوعي البينونة جواب عن قوله ولهذا تشترط النية وتقريره اشتراط النية لو كان لاجل
الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة
والخفيفة لا للطلاق يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله وانتقاص العدد
جواب عن قوله وينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو
كذلك ينتقص به العدد وتحقيقه انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص
من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله انما تصح نية الثلث جواب عما يقال لو كانت عوامل
في حقائقها لما صح نية الثلث في قوله انت بائن مثلا كما لا تصح في قوله انت طالق لانه عامل

نفسه وتقريره صحة نية الثلث لم تكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنويع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوائل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا آه **قوله** وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها هذا تفصيلها نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا لاغير وقعت ثلث نوى بالثانية طلاقا لاغير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لاغير وقعت ثلث نوى بالثانية حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لاغير وقعت ثلث نوى بالاخريين طلاقا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاخريين حيضا لاغير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لاغير وقعت ثلث نوى بالاولى والثالثة حيضا لاغير وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثلث نوى بالاولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة حيضا وبالاولى طلاقا وقعت واحدة وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين والله اعلم *

باب تفويض الطلاق

لما فرغ عن تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان الاصل تصرف المرأ لنفسه *

فصل في الاختيار

في هذا الباب ثلثة فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي ان لايقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لايملك الايقاع بهذه الالفاظ حتى لوقال اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لايقع شيء ومن لايملك شيئا لايملك تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة رضي الله عنهم روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعايشة رضي الله عنهم انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك فاذا اقامت فلاخيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع وقوله ولانه تمليك دليل معقول على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية ان القياس ان لايبطل خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التأبيد يتأبد لكنا تركنا هذا القياس بآثار الصحابة رضي الله عنهم والمصنف رحمه الله جعله كالبيع في كونه تمليكا ثم لايخلو اما ان يكون البيع ممايتأبد اومما لايتأبد فان كان الاول بطل القياس اعني قياس المصنف رحمه الله التخيير على البيع لانه ممايقتصر على المجلس وان كان الثاني كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ماذكره صاحب النهاية ثم فرق صاحب النهاية بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي ان يكون المملك له عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون

الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك شبها احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثانية ان التخيير لو كان تمليكا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح والثالثة انه لو قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاولى بما حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس بدافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم المرأة اما ان تختار زوجها او نفسها فان اختارت زوجها لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه تقع تطليقة رجعية كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقا وانما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما انه لا يقع في ذلك شيء قالت عايشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة بائنة عندنا وهو قول علي رضي الله عنه لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن * ولا يقع ثلث وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها قال في النهاية هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما تقع عند ذكر النفس في احد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم

مايقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو واضح وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل قيل اذا لم يصدقها الزوج بانها اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا يتعين مع الابهام يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله ولو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكأنها قالت اخترت ما امرتني باختياره وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان مايقوم مقام النفس في التفسير لان الهاء اي التاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيارها نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري نفسك بما شئت او ثلث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد لكونه عبارة عن ابقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت المرأة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان ارادت الاستقبال او يحتمله ان لم ترد فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق بهذا وجه الاستحسان حديث عايشة رضي الله عنها وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيٰوةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعايشة رضي الله عنها فقال اني مخبرك بامر فلا تجيبني حتى تستأمري ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت افي هذا استأمر ابوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها وان كان

على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة يمكن ان تكون مرادة كما في كلمة الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثم حالة قائمة بالمتكلم حتى يقع قوله اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بان احد معني المشترك يترجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة على ارادة الحال لان العادة العرفية والشرعية تدلان على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وانا املك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوي فلا معتبر لكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصول او وظيفة البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول تنازعوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال المصنف رحمه الله ومنهم من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك يخل بالفهم على ما عرف **قوله** وان قال لها اختاري اختاري او قال لها اختاري ثلث مرات

مرات فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج الى ذكر النفس لزوال الابهام فان الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد فكأنها قالت اخترت التطليقة الاولى لان معنى قولها اخترت الاولى اخترت ماصار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفي ذلك تقع واحدة فكذا هنا ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا آخر وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتيب فيه يلغو فيه الكلام الذي هو للترتيب وهو الاولى واختيها واذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء واذا لغا في حقهما بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكلام فيقع الثلث وفيه نظر من وجهين احدهما انه اطلق الكلام على الاولى او الوسطى او الاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاول اسم لفرد سابق فكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه فالجواب عن الاول ان اهل اللغة انما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة مادل على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فصح ان الترتيب اصل والافراد من ضروراته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمتها الفردية

في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا وقوله ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال اختاري فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يوجب الطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيا فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذا لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان المفوض اليها الاختيار وهو يفيد البينونة اشار الى الجواب بقوله فكأنها اختارت نفسها بعد العدة فكان مطابقا للتفويض من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لان المرأة انما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات فيملك الابانة لا غير والاصح من الرواية هي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب والدليل ايضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان اما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا تتناول اكثر من الواحدة وانما تكون بائنة لان العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا اصح بالعكس لكون الطلاق اقوى وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان يقع قولها اخترت جوابا له *

فصل في الامر باليد

اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم
اذا جعل الرجل امر امرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم في التخيير في المسائل قال في النهاية
الا ان هذا صحيح قياسا واستحسانا لان الزوج مالك لامرها فانما يملكها بهذا اللفظ ماهو
مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر
في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي او اخترت
نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في الاختيار
الا اذا ثبت انه اذا قال امري منك بيدك او امرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع واذا
قال لامرأته امرك بيدك ينوي بذلك الثلث فقالت قد اخترت منك نفسي بواحدة
فهي ثلث وبيانه يحتاج الى اثبات صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة
على الثلثة اما الاول فقد بينه بقوله لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على
الثلثة فلان الواحدة صفة الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة اي
باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله في الاولى والاختيارة وانما عبر عنها بمرة لان الصيغة
الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها وبذلك اي بقوله اخترت
نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي اختيارة واحدة
وحين نوى الزوج الثلث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها امرك
بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة
نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق وهو
في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليه وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم

التكرار في قوله وهو في الاولى الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة الاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف فكأنه قال وهو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون بائنة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها بائن فيما سوى الثلثة المذكورة فكان التعويض في البائن ضرورة انه ملكها امرها فقوله في البائن خبران وتقريره ان التعويض حصل في البائن لضرورة انه ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الفاظ الكناية وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التعويض مذكورة في ايقاع المرأة ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند المصنف رحمه الله حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني بائنا كما ذكره وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان القياس فيه ان لا يقع به الطلاق وان نواه الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي الله عنهم والاجماع انما هو في مجرد الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع من صريح الطلاق الوارد في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا من صاحب النهاية في اول هذا الفصل وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام يتناول كل شيء قال الله تعالى وَالْأَمْرُ يَوْمَئِذٍ لِلّٰهِ اراد به الاشياء كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فتكون نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع والله اعلم بالصواب **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت

حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك
اليوم وكان الامر بيدها بعد غد لانه صرح بذكر الوقتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت
من جنسهما يعني الغد لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا امرين
فبرد احدهما لا يرتد الآخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم وقوله
اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما ترى
ادراج ملبس وان كان ظاهرا وقال زفر رحمه الله هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق
اليوم وبعد غد في كون احدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق
بينهما ظاهر وهو ان الطلاق لا يحتمل التاقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد
وغيره واما الامر باليد فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالآخر لتخلل وقت
بينهما غير مذكور فتوقت الامر بالاول وجعل الثاني امرا مبتدأ كانه قال وامرك بيدك
بعد غد ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر وقوله لانها
لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمرأة ان ترد الامر باليد الذي
صدر من زوجها بان تقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها
بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان فكان لها ان تختار نفسها غدا
وقوله وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم قال
شمس الائمة رحمه الله هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضيخان هذه الرواية اصل الرواية
ولم يذكر خلاف احد وقوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدومه
حتى جن الليل فلا خيار لها ظاهر مما قدمناه في آخر فصل اضافة الطلاق واليه اشار بقوله وقد
حققناه من قبل وقوله فيتوقت به اي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه * واذا جعل امرها بيدها او خيرها
فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها
لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهذه تتصرف برأي نفسها فهي مالكة والتمليك

يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات تقتضي جوابا فى المجلس كما فى البيع قيل فيه نظر لانه قال مثل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام عن المجلس لم تكن لتقييده بيومين فائدة لان المرأة اذا لم تقم عن مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع تعتبر مجلسها ذلك اي الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبة او لصمم فمجلس علمها ببلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك والامر باليد يشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان التمليك الذي هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها فى المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن المجلس لم يكن للتاقيت فائدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا يعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع احدهما من كلامه قبل قبول الآخر جاز واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل

يتبدل بالتحول يعني الى مجلس آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة الى آخره وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله ليس للتقدير به اي باليوم لانه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وقوله ولو كانت قائمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من حزنه امر قد يستند للتفكر لما ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله في رواية الحسن عنه لا يبطل وفي رواية الحسن ابن ابي مالك رحمه الله عنه يبطل وهو قول زفر رحمه الله ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قيل انما خص ابا يوسف رحمه الله بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه رحمهما الله كذلك لانهما نقلا عنه وقوله ولو قالت ادعوا ابي استشيره ظاهر وقوله والسفينة بمنزلة البيت يعني في انها اذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر والله اعلم *

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سواء طلقت جملة او متفرقة وقوله لان قوله طلقي ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشيئة اولى وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق توافق ما فوض اليها لكونه تطليقا فكانت الابانة

موافقة للتعويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان
صحيحا من حيث الاصل الا انها ارادت فيه اي في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان
الرجعية انما تفيد الابانة بعد انقضاء العدة فامان يبطل الاصل لاجل ماريد فيه من الوصف
او يلغو الوصف لرعاية الاصل والغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار اليه كما
لوقالت في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة بائنة وقوله وينبغي ان تقع
تطليقة رجعية انما قال هكذا تفسيراً لكلام محمد رحمه الله فانه قال طلقت ولم يتعرض
لشيء آخر وارى انه مستغنى عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد
ويثبت الاصل قوله بخلاف الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها
حيث كان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغائران لا محالة وفي هذه الرواية
ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف رحمه الله انها تطلق طلاقا بائنا لان
الزوج ملكها ايقاع الطلاق مطلقا وهو يملك ايقاع البائن والرجعي فكذا هي وفي هذا
ترك اعتبار المطابقة بين التعويض والجواب والفقه هو الاول اعني ظاهر الرواية وان
قال لها طلقي نفسك واضح وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين والاقتصار على المجلس
نظرا الى التمليك وفيه مطالبتان احدهما ماوجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون
طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون
معنى طلقي ضرتك ان اردت طلاقها فهي طالق والثانية ماوجه اختصاص الاول
بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاولى ان اليمين بالتعليق انما يكون فيما
في وجوده تردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كائن لا محالة طبعا وعادة فلا يصلح
شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي
يعمل لغيره والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق

طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في طلاق الضرة اعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ولان الصورتين اما ان تكونا من باب المشيئة اولا والمآل شمول التمليك اوشمول التوكيل او التحكيم الباطل وقوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واصح ولقائل ان يقول التمليك في هذه الصورة موجود اولا فان كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قديتأخر لمانع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول وقوله واذا قال لرجل طلق امرأتي واصح ومناطه ماذكرنا في التمليك والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والوكيل عامل لغيره وقد علمت ماعليه ولوقال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لانه يتصرف عن مشيئته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وفعله اختياري واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول وصار كما لوقال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشيئة لايخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته لايقال قد تبين آنفا ان الوكيل ايضا يتصرف بمشيئته لانا نقول المشيئة نوعان مشيئة يفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشيئة اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والاولى ثابتة في التوكيل مع جهة خطر يرفعها قوله طلقها ايقاعا للفعل للموكل والثانية انما تكون في المالك وقد فوضه اليها بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما امكنني تلخيصه من كلام الشيخ رحمه الله ولقائل ان يقول كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذا بني الكلام على ما قدمت ان التمليك اقرار شرعي على محل التصرف والتوكيل اقرار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق

الضرة على ما مر ثم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امرأتي فيحتملان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمله ولعله مخلص وقوله والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قياس زفر رحمه الله صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق أجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلثا هذا البيان مخالفة المرأة لزوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة واما الثانية فوجه قولهما فيها واضح كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي فانه يقع عليها تطليقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة معدما للمطابقة في اصل الطلاق فتكون بقولها طلقت نفسي منك ممتثلة ويلغو قولها ثلثا ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها فيتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من مذهبنا اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلثة يكون لا عينها ولا غيرها فما وجه اثبات المغائرة بينهما أجيب بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة واما الثلث ههنا فمعدومة والواحد الموجود غير الثلث المعدومة فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة فطلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحد على ما ذكر أجيب بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة فتقع الواحدة وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر

ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت لان معنى قوله ان شئت ان شئت الثلث اذ الشرط لابد له من جزاء فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدر مثله متأخرا وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلث ولم يوجد مشيئة الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة رحمه الله لان الشرط مشيئة الثلث ومشيئة الثلث ليست بمشيئة للواحدة كما ان ايقاع الثلث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما انه كان ينبغي ان يقع بقوله شئت لانه يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثاني انه اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح الطلاق فينبغي ان لا يحتاج الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وانما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا لمشيئتها لا لطلاقها لا يقال كلامها مبني على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعنيه فيلغو ما بني عليه وعن الثاني بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا وقوله اذ المشيئة تنبئ عن الوجود قيل لان المشيئة في الاصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة فانها في اللغة عبارة عن الطلب قال صلى الله عليه وسلم الحمى رائد الموت اي طالبه فان قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين الى ان الارادة والمشيئة واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد وقوله وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي ظاهر وقوله لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعله وليس كذلك واجيب بان بطلان التالي ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل فكذا

اذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الى آخره واصح وقوله فلا يخرج بالشك يعني لو نظرنا الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما في قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك قوله وقد مر من قبل يعني في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق كلما شئت ظاهر وقوله فلا يملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هي ان يقول طلقت نفسي ثلثا والجمع ان يقول طلقت واحدة وواحدة وواحدة وهذا هو الظاهر ولو قال لها انت طالق حيث شئت ظاهر فان قيل اذا الغا ذكر المكان بقي قوله انت طالق شئت فينبغي ان يقع الطلاق في الحال كما لو قال انت طالق دخلت الدار فانه يقع الطلاق الساعة اجيب بان حيث واين يفيدان ضربا من التاخير وحرف الشرط ايضا يفيد ضربا من التاخير فيشتركان في تحقيق معنى التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس اذا جعلا مجازا عن حرف ان واما اذا جعلا مجازا عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعلا مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا عن ان اولى لما انها لمحض الشرط فكانت اصلا في الباب والاعتبار بالاصل اولى من غيره بخلاف الزمان لان للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان واما اذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الامكنة فوجب اعتباره اي اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا او عموما كما لو قال انت طالق في اي وقت شئت **قوله** وان قال لها انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا رحمهم الله فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل يتعلق اصل الطلاق بمشيئتها اولا فقال ابو حنيفة رحمه الله لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها ان لم يدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية والمشيئة اليها في المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو من ان ينوي الزوج شيئا اولم ينو فان كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب

موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيئتها وذلك وان اختلفتا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا اوبالعكس وقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شيء لا قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت اوقعت ما شاءت من الرجعي والبائن والثلث لانه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا ولا بد من تعليق الاصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الاحوال كما لو قال انت طالق ان شئت اوحيث شئت اواين شئت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الاصل يقال كيف اصبحت اي على اي وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض في وصف الطلاق والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله والالكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول ان لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان تستقل باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهي مشتركة بين الكم والكيف يعني العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روي عن الطحاوي ان المرأة ان تجعل الطلاق بائنا اوثلثا في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحب النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقد راجعت الفحول في جواب هذا الاشكال فما قرع سمعي جواب فيجب التعويل على ماذكره الطحاوي ولقائل ان يقول لا مماسة لهذا التفويض بعامة التفويضات الا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر ويوضحه ان المتأخر الى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شيء منه وهي لا تعلق لها بالاصل اصلا فيكون منجزا اصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الاصل ممتنع الا ان في غير المدخول بها لا اثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة الى مشيئتها

وفي الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشيئة بعد وقوعه قوله وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابي حنيفة رحمه الله ولا حال للعتق يفوض اليه وعندهما لا يعتق حتى يشاء وانما قال في الكتاب قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله لان ما اورده في هذا الفصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما وانما ذكر الرواية فيه على قول ابي حنيفة رحمه الله لا غير فذكره ليتبين ان ما ذكره في الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر في الاصل **قوله** وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر في الاصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة يعني انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فَمَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيَكْفُرْ على انه روي عن الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة رحمه الله ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر من يدها وقوله لانهما يعني كم وما تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما في ما فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى مَا دُمْتُ حَيًّا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض الى المرأة بامر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك يقتصر على المجلس وان ردت

وان ردت الامر كان ردًّا لان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل هو احتراز عن كلما وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغي ان يكون في الحال لانه خطاب في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرارا وقيل هو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال يقتضي الجواب في الحال لما قلنا فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم تكرار الامر وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لها ان تطلق ثلثا لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شئت ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانه بالنسبة الى الواحد عام وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه يتناوله دلالة فاذا كان العمل بهما ممكنا لا تهمل احدهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض بدليل خارجي وهو اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشيئة فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت كان على الخلاف قيل ثم انما نسلم انها ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع فكذا التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع وقد مر *

باب الايمان فى الطلاق

لما فرغ من بيان تحيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق و الشرط و المركب مؤخر عن المفرد واليمين فى الطلاق عبارة عن تعليقه بامر بمايدل على معنى الشرط فهو فى الحقيقة شرط وجزاء وسمي يمينا مجازا لمافيه من معنى السببية اضافة مايحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او على العموم كقوله كل امرأة اتزوجها فهي طالق وهوقول عمر رضي الله عنه روي ذلك عنه فى الظهار وقال الشافعي رحمه الله لايصح وهوقول ابن عباس رضي الله عنهما واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وروي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما انه خطب امرأة فابى اولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط و الجزاء وكل ماهوكذلك لا يشترط لصحته قيام الملك فى الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة فى الحال عندنا كما عرف فى الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ لدى الشرط وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك فى الحال شرط الصحة والجواب ان الملك متيقن به عند الشرط فى المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه فى الحال بخلاف صورة النقض فانه لولم يشترط فيما ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم مايحدث فصلا عن المتيقن به وهذا جواب بالفرق والمصنف رحمه الله قائل به وقوله وقبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهوقائم

وهوقائم بالمتصرف لانه يمين ومحله ذمة الحالف فلايكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقدذكرناه فى الانوار والتقرير قوله والحديث يعني ماروا ه الشافعي رحمه الله محمول على نفي التنجيز فان المنجزهوالطلاق حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سألوه صلى الله عليه وسلم عن كون ذلك طلاقا فقال لاطلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائزاوليس بجائز وليس فى الحديث مايدل على نفيه اواثباته والحمل على التنجيزمأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبدالله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم فى الحال والظاهربقاؤه الى وقت وجود الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ماكان وهواستصحاب الحال لايقال المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة لان الاستصحاب لايصلح حجة لاثبات مالم يكن وليس الكلام فيه قوله فيصح يمينا يعني عندنا على مامر وايقاعا يعني عند الشافعي رحمه الله فان عنده كونه طلاقا يتعلق لا التطليق فكان ايقاعا فى الحال ولكن لم يثبت حكمه فيه ولاتصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه اويضيفه الى الملك لان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لابد ان يكون ظاهرا فليكون مخيفا لوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهوالقوة فان الحامل على الحمل اوالمنع اللذين عقداليمين لاجلهما هوقوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعنى الحمل اوالمنع والاضافة الى سبب الملك كقوله اذا اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لانه اي الجزاء ظاهر عند سببه يعني سبب الملك **قوله** فان قال لاجنبية تفريع على ماتمهد من الاصل وهوظاهر واعترض عليه بانه لم لايجوز

ان يقدر نزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى مذمة كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق ليس بيمين حقيقة وان كان فقد يقع فيما يكون محمولا شرعا كما اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية لوقوع الحرية والصواب ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى ليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان التزوج اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه وموضعه اصول الفقه **قوله** والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لان عامتها اسماء ولم يورد احد حرفي الشرطين وضعا او شرطا * قال فى النهاية لان كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى فانها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جوابهن بخلاف كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال قد تقدم ان التعليق يمين يعقد للحمل والمنع وذلك انما يكون فى المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره فى الماضي فانى له مدخل في ذلك وقوله لان الشرط مشتق من العلامة قال فى الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى هذا يكون معنى ما ذكر فى الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير وهو ان تجد بين اللفظين تناسبا فى اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما تليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر في ما يليها اسم وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس ذلك طريقه ،

طريق معرفتها وانما طريق ذلک السماع وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله هٰهنا لايفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الالفاظ للشرط ودليله ان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذي قررناه وهذه الالفاظ مما تليها افعال وهذا ايضا مسلم ولٰكن قوله فتكون علامات على الحنث ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كُلَّمَا نَضِجَتْ جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار وفيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم تنته اليمين فان من قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلقت ولو تزوج اخرى طلقت كذلک فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم يقع الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار عموم الاسماء لم ينشأ من منشأ الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم فى الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاما اذا قال كلما دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان الجزاء طلقات هذا الملک ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه خلاف زفر رحمه الله وسيجيء ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق حنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملک عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قوله** وزوال

الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم تبطل اليمين لما مران بقاء اليمين بالشرط والجزاء والغرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا باق لبقاء المحل وهي المرأة فتبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود فالجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اولى اذ البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط في الملك كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق وانحلت اليمين واما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين بوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية * وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله لم تطلق فلانه ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله كما قيل في حق العدة والغشيان اما قولها في العدة فبان تقول قد انقضت اولم تنقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين احدهما ان تقول المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج الثاني والثاني ان يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حائض وقوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وفيه بحث وهو انها لا تخلو من الحيض وعدمه والمآل شمول طلاقها او شمول عدمه لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما واما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين

وصفين متغائرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب ان اقتضاء الوجود والعدم انما هو بالنسبة الى الحيض نفسه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه وانما الكلام في الامر الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثم اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها تعذيب الله اياها بنار جهنم مقطوع بكذبها فوجب ان لا يقبل قولها اصلا ووجهه انه لا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله وفي حقها الا ان تعلق الحكم باخبارها ظاهر وقوله واذا قال اذا حضت حيضة فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا واذا قال اذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت وقوله في حديث الاستبراء يريد به ما قال صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها عشرة ايام وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامه اذا كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت يوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا قال لها اذا صمت فانها اذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكر في الكتاب والله اعلم

قوله ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة هذه المسئلة لا تخلو عن اوجه ان علمنا ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده

وان علما ان الجارية ولدتها اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول قول الزوج لانكاره الزيادة وان لم يدر ايهما اول لزمه فى القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفى الثانية شك وفى التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان حتى لو كان طلقها قبل هذا واحدة لا يطأها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة وترك وطئ امرأة تحل له وطئها خير من ان يطأ امرأة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها لو ولدت الغلام اولا الى آخره وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله ان كلمت ابا عمرو وعلى ما ذكره فى الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها وقوله في حق الطلاق كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرط واحد لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا ان صحة الكلام اي صحة هذا الكلام الذي هو اليمين باهلية المتكلم وهي قائمة فتكون صحته قائمة به بان يكون محله ذمته ولا يحتاج الى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا ومانعا وحالة تمام الشرط بنزول الجزاء لكونه لا ينزل الا فى الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فاتت بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يضره **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره فى الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج آخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلث لكن الثلث يتم ما بقي من الطلاق بالاتفاق اما عند محمد رحمه الله فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول فى الدار تقع الثلث لان الثلث معلقة

معلقة بدخول الدار وانما يظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقتين وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد رحمه الله لعدم الهدم وعندهما لا تثبت لتحققه وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا ثم قال لها انت طالق ثلثا فتزوجت غيره فدخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي احتمال وقوعها اي نكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج آخر فبقي اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث وكلما كان مانعا عن وجود الشرط او حاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين تعقد للمنع او الحمل وههنا عقدت للمنع فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فعادت اليمين لما تقدم فان بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا واجيب بان الاعتبار للغالب الشائع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى تكون نادرة وانما هو آت في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصوران وقوله بخلاف ما اذا ابانها متعلق بقوله وقد فات بتنجيز الثلث اي فات الجزاء بتنجيز الثلث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج آخر عادت بثلث تطليقات عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم

باعه ثم اشتراه فدخل ... انه بالبيع لم يبق محلا لليمين وبينها وبين مسئلة
الظهار فان هذه المرأة لوكان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي كظهرامي
ثم طلقها ثلثاثم عادت اليه بعد زوج آخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب
عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى
لوفاتت بالعتق لم تبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلث
لان الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بالتكفير وهذه
بوجود الزوج الثاني الاانها ان دخلت الدار بعد التطليقات الثلث انما لا يصير مظاهرا
لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولاحل بينهما في ذلك الوقت وانما يوجد بعد التزوج
بها فاذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظهار وقوله ولوقال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق
ثلثا ظاهر وقوله فى الفصل الاول يعني اذالم يخرجه وقوله لوجود الجماع بالدوام عليه
معناه انه جعل الدوام على اللباث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي قوله ولا
دوام للادخال معناه ان للدوام حكم الابتداء فيماله دوام والجماع هوالادخال ولا دوام له
قوله وجب العقر قال في ديوان الادب العقر مهر المثل اذا وطئت بشبهة والمراد به مهر
المثل وبه قيد الامام العتابي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وقوله لوجود المساس
اشارة الى ان هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند ابي يوسف
رحمه الله واما دوام المساس فهوموجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان يصير مراجعا
في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة *

فصل

فصل في الاستثناء

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتآخيهما في كونهما بيان التغيير ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كانت مسئلة ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله تعالى سمى ذلك استثناء قال وَلَا يَسْتَثْنُونَ واختلفوا في ان قوله ان شاء الله بعد ذكر الجمل للابطال او التعليق فذهب ابو يوسف رحمه الله الى الاول ومحمد رحمه الله الى الثاني والى هذا اشار المصنف رحمه الله في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هناك ان شاء الله تعالى واذا قال لامرأته انت طالق ان شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لاحنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا وانتفائها كذلك وما هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا اصلا فيكون اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وقوله فيكون الاستثناء يعني على قول محمد رح او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف رحمه الله وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله تع لا يقع الطلاق لان الكلام خرج

بالاستثناء من ان يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حيوتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل يعني ان الايجاب لو اتصل بالموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل واما المبطل وهو الاستثناء او الشرط فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله تعالى وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اني اطلق امرأتي واستثني وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احترازا عن قول من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول له عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء ليصير متكلما به وصار لغوا اليه فبقي الكلام الاول كما كان ويقع الثلث وظن بعض اصحابنا رحمهم الله ان الاستثناء رجوع والرجوع عن الطلاق باطل ولذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية يحتمل الرجوع وذكر المصنف رحمه الله في زياداته ان استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بعين ذلك اللفظ واما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة

عمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء
تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ ولما استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان
الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرة الا تسعا لما انه لا مزيد على الثلث
شرعا وهو صحيح بلا خلاف وقوله وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به ظاهر والله اعلم *

باب طلاق المريض

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع
في بيان طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكره المرض من العوارض السماوية فاحر بيانه
عن حكم من به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته وهذا يسمى
طلاق الفار والاصل فيه ان من ابان امرأته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه
ثم مات عنها وهي في العدة ورثته خلافا للشافعي رحمه الله قيد بالابانة لان الطلاق اذا
كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد
بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضاء لانه اذا
كان برضاها لا ترثه وبمن ترثه لانها ان كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت في العدة
لانها ان مات بعد انقضائها لم ترث خلافا للمالك رحمه الله وحكم الفرار كما يثبت من
جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فانه يرثها وقال الشافعي
رحمه الله لا ترث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان سبب ارثها منه الزوجية
وقد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا يرثها اذا ماتت * ولنا ان الزوجية سبب ارثها
منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه
قصده بتاخير عمله اي عمل الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فان قيل ان كان
سبب تاخير العمل دفع الضرر عنها وجب ان يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء

العدة وما بعده اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما وقد امكن ذلك الى زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها منه دفعا للضرر عنها بخلاف غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التاخير فيهما غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلا وقوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت معناه ان الزوج اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح قائما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له وقوله وان طلقها ثلثا بامرها ظاهر قيل سؤالها الطلاق لا يربو على قولها اسقطت ميراثي من فلان وثم لا يسقط واجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكما واذا رضيت حكما بارتفاضها فيسقط الارث ضمناً وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذا اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضاء بالفرقة وفي الخلع قد التزمت المال لتحصيل الفرقة وهذا ادل على الرضاء بها وقوله وان قال لها في مرضه في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة رحمه الله ويجب ما اقر او وصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر رحمه الله وقولهما في الاولى كقول زفر رحمه الله وفي الثانية كقول ابي حنيفة رحمه الله قال زفر رحمه الله الميراث لما بطل بسؤالها او تصديقها زال المانع من صحة الاقرار والوصية فانه اذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية فانعدمت التهمة واستوضح ذلك بقوله الا يرى

الا يرى وقوله وهي سبب التهمة اي العدة سبب تهمة ايثار الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة ولهذا يدار اي الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا تجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق ليفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين ايثاراله على غيره ولكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامه الشرع مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام المدلول فهما قسمان ولابي حنيفة رحمه الله في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه قوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا ترى انه تقبل شهادته لها وهو واضح **قوله** ومن كان محصورا او في صف القتال هذا لبيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكانا في المعنى سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ان يكون صاحب فراش وفسره بان يكون بحال لا يقوم لحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله ولهذا احوات تخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار كالمريض في هذه الحالة ومنها المرأة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريض ومنها المقعد والمفلوج ما دام يزداد به فهو كالمريض فان كان بحيث لا يزداد كان بمنزلة

الصحيح فى الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان آخره الموت واذا صار بحال لايزداد فلا يخاف منه فلم يكن كذلك **قوله** وقوله واذا مات في ذلك الوجه بيانه اذا طلقها في مرض موته ثم قتل اومات من غير ذلك المرض الا انه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان رحمه الله يقول ان لا ميراث لها لان مرض الموت مايكون سببا للموت ولما مات من سبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لوطلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح الكلام فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقا بائنا لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشياء بمعنى وجدت تامة لاتحتاج الى خبر وقوله يصير تطليقا عند الشرط حكما لاقصدا يظهر بمسئلتين احدهما انه لوعلق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف ان لايطلق امرأته ثم وجد الشرط لايحنث فلوكان تطليقا قصدا لحنث وقوله الفعل مماله منه بد اولا بد له منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا فى التعليق بالفعل الذي لابد منه اذا كان التعليق فى الصحة لان الفعل اذا كان مما لابد له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير ذلك الفعل ظلما فلا ترث واجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لايرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير اوالى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل يكفي لايجاب الضمان وقوله لانها راضية بذلك يعني صار كأنه طلقها بسؤالها لما ان الرضاء بالشرط رضىً بالمشروط فان قيل لانسلم ذلك فان احد

احد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضىً اجيب بان حكم الفرار ثبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة رضي الله عنهم بشبهة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه ايضا لشبهة الرضاء ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضاء المرأة فيكفي ذلك لنفي حكم الفرار وقوله او في العقبي راجع الى صلوة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم فكان الفهم في النظر الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله اي لا ترث المرأة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها او فعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي او بمجيء الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر رحمه الله لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله لان الزوج الجأها الى المباشرة اي الى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت اي لو طلقها ثلثا او بائنا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بعد الله من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله لان المحرمية لا تنافي الارث يعني بل تنافي النكاح كما في الام والاخت وقوله وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فتكون راضية ببطلان السبب اي سبب

الارث وهو النكاح وقوله وقال محمد رحمه الله لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه آخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين واجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما يأتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قولهما ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها فكان ملجئا بفعل لا بد لها منه وقد بينا الوجه فيه اي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله وان آلى امرأته وهو صحيح ظاهر وقوله قد ذكرنا وجهه يريد به قوله ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الى آخره فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت ان كان الايلاء في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه انشأ الايلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كأنه انشأ فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسؤالها او بغير سؤالها وسواء كان التعليق بفعلها او بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح *

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متأخرة من الطلاق طبعا اخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرائط احدها تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثانية ان لا تكون بمقابلة مال والثالثة ان لا يستوفى الثلث من الطلاق والرابعة ان تكون المرأة مدخولا بها والخامسة ان تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع

والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كان في حضرتها او راجعت امرأتي في الغيبة بشرط الاعلام وفي الحضرة ايضا او يقول رددتك او امسكتك او يقول انت عندي كما كنت او انت امرأتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطئ ودواعيه فكان الوطئ حراما كما في ابتداء النكاح قلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بيناه وهو اشارة الى قوله الا يرى انه سمي امساكا وهو الابقاء وقوله وسنقرره اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى ملك مراجعتها الى آخره وقوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة جزء الدليل وقوله كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطئها سقط الخيار كما اذا اسقط بالقول بل ههنا اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع اسهل من الرفع ولما كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى تعيينه فقال والدلالة اي الدليل فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به فيقع دلالة وقوله خصوصا في حق الحرة لبيان ان حل الاستمتاع بها ليس الا بالنكاح واما الامة فتحل به وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد في الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان النظر اليه رجعة لطلقها فتطول العدة عليها وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا

قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا اراد الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا علي اني قد راجعت امرأتي وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك رحمه الله وهو غريب لانه لا يوجب الاشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة لهما قوله تعالى فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ والامر للايجاب * ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من قيد الاشهاد وهو قوله تعالى فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وقوله تعالى اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ وقوله تعالى وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ وقوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها وقوله ولانه اي الرجعة بمعنى الرجوع او على تاويل المذكور استدامة للنكاح كما تقدم والاستدامة انما هي حال البقاء والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء بالاتفاق فكانت كالفيء في الايلاء في ان الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء الا انها اي الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها اي في الرجعة وماتلاه يعني من قوله تعالى وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ محمول عليه اي على الاستحباب دفعا للتناكر فكان الامر للارشاد الى ما هو الاوثق كما في قوله تعالى وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا وهو اي الاشهاد فيها اي في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة واعترض بان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كما في قوله تعالى أَقِيمُوا الصَّلٰوةَ وَآتُوا الزَّكٰوةَ واجيب بان ذلك فيما اذا حكم على احدى الجملتين المتقاربتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها وانما تعقبهما جملة اخرى تعلقت بهما واحدتهما تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها

زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وكان زوجها الذي اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة للقائم وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه وتصرف الانسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف تكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت عدتها فقال كنت راجعتها في العدة فان صدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال وكل من فعل كذلك فهو متهم وذلك يقتضي ان لا تصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح * واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او بعد مكث فان كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقالا الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة لا محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها صادفت حالة الانقضاء لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك والاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج واذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الاختلاف ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به * واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وهي في العدة فاما ان يصدقه المولى والامة او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثاني لم تصح بالاتفاق الا اذا برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول

قولها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا بما هو خالص حقه فلا مرد له فكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان وهو اي ابوحنيفة رحمه الله يقول حكم الرجعة يبتني على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتني على ذلك يبتني على قول من يكون القول قوله في ذلك لكونه امينا والقول في العدة قولها فحكم الرجعة يبتني على قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حقا في منافع بضعها فانى يكون اقرارا بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه اقرار بذلك فكان الفرق نيرا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره وكذا عنده في الصحيح لانها منقضية العدة في الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها اي عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة وفي هذا الكلام اشارة الى الجواب عن مسئلة التزويج كما اشرنا اليه قوله وان قالت قد انقضت عدتي ظاهر والضمير في به راجع الى الانقضاء قوله واذا انقطع الدم من الحيض الثالثة كلامه واضح وقوله او بلزوم حكم عن احكام الطاهرات بمضي وقت الصلوة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو من احكام الطاهرات وقوله واذا تيممت وصلت اطلق الصلوة ليتناول المكتوبات وغيرها وقوله حتى تثبت به من الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن واباحة الصلوة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم واما قراءة القرآن فلانها ركن الصلوة واما المسجد فلانه مكان الصلوة واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان يقرأ في صلوتها آية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل من

من دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة انما تتحقق حال اداء الصلوٰة فلا تكون طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا تنقطع الرجعة وان صلت مالم تغتسل او يمضي عليها وقت الصلوة والجواب ان الضروري متى ماثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الصلوة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي العدة ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد رحمه الله بالعكس فقد سبق هناك مستوفى واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فمافوقه لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كامل كالاصبع ونحوه انقطعت قال المصنف رحمه الله وهذا استحسان اعلم ان محمدا رحمه الله لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه اوهو مادونه وروي انه عند ابي يوسف رحمه الله في العضو فمافوقه فان القياس ان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكأنها اصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا تنقطع لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد رحمه الله فيما دونه فان القياس ان تبقى الرجعة لبقاء الحدث والاستحسان ان تنقطع لان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه والمصنف رحمه الله اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف رحمه الله وبقوله والقياس فيما دون العضو ان لا تبقى لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد رحمه الله وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل ومادونه بقوله ان مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت قصدا لم تنقطع الرجعة وهذا

اشارة الى استحسان محمد رحمه الله وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان ابي يوسف رحمه الله فانظر حذق المصنف رحمه الله في هذا الادراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف رحمه الله ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل والواو بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد رحمه الله وهو اي كل واحد منهما بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيته اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك والشافعي رحمهما الله فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيره من الاعضاء فانه لا خلاف لاحد في فرضيته **قوله** ومن طلق امرأته وهي حامل ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطئ منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطئ تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه انه لم يجامعها بتكذيب الشرع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق مستحق له وتكذيب الشرع لا يرده كما لو اقر بعين لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني بانه لم يتعلق باقراره ههنا حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد

بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثمّ موجود وهو تعلق حق الغير به وقوله الاترى توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطئ فلان تثبت به الرجعة التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتاويل مسئلة الولادة ظاهر فان خلا بها واغلق بابا وارخى سترا على رواية كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية الجامع الصغير وارخى سترا بالواو والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تأكد الملك بالوطئ وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مؤكدا شرعا بالوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مؤكدا شرعا لان تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض ومعناه انما يصير مؤكدا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطئ وليس كذلك وانما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه ويقدر المسلم اليه على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها يعني وان كان لا يملكها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة لان النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطئ حراما لزوال الملك بنفس الطلاق يعني لا الى عدة لان الفرض عدم الوطئ قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة **قوله** وان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امرأته

بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا فاما ان تكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا يكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثمّ دليل على انه وطئها بعد الولد الاول فلا تثبت الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وان كان اكثر من سنتين للوصل اي لما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان تكون الولادة الثانية في اقل من سنتين وبين ان تكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث لا محالة وهو بالوطئ بعد الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره وقوله والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته اي جعلته مجلوا ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلوا المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله اذ النكاح قائم بينهما يدل عليه ان التوارث قائم بينهما وكذلك جميع احكام النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لَعَلَّ اللّٰهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذٰلِكَ أَمْرًا اي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله ولان تراخي عمل المبطل دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج الى المراجعة ولا حاجة له اليها فلا تراخي اما ان التراخي لذلك فقد علم مما تقدم واما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر

نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة لا تجوز اذا انقضت المدة ولم يراجعها واما اذا سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه اجيب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل آخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ولو كان العمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة لما احتسبت الاقراء الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم ترد الرجعة فكما انه لا يملك اخراج المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله على ما قدمناه يعني في اوائل الباب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطئ وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان حل الوطئ بالزوجية والزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح المراجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اي ثبوته نظرا له يوجب استبداده به اي بالرجعة بتاويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لانه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان تكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق الا في القائم فكانت الزوجية قائمة وقوله والقاطع جواب عن قوله لوجود القاطع

ومعناه ان وجود القاطع لاينافي قيام الزوجية لانه اخر عمله الى مدة اجماعا ونظرا له على ما تقدم يعني قوله يثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه الخيار تاخر عمله البيع فى اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار *

فصل فيما تحل به المطلقة

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها فى العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية وهوكونها آدمية ليست من المحرمات باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة كقوله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ على ما ذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله ووجود الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا والجواب انه معدوم بعدمه الاصلي اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها فى العدة وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ومنع الغير عن العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجويز نكاح المعتدة الا به اذ الاشتباه انما يكون عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والآئسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزويج فى العدة اجيب بان ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى فى الجنس لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت ان اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثم مانع آخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلثا فى الحرة او ثنتين في الامة لم تحل

تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد بقوله تعالى فإن طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل والثنتان في حق الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف الى الكامل على ما عرف في الاصول والزوجية المطلقة اي الكاملة انما تثبت بنكاح صحيح وانما يشترط الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف رحمه الله وهو طريقة بعض المشائخ رحمه الله وهو ان يحمل النكاح في قوله تعالى حتى تنكح زوجا على الوطئ حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فالعقد استفيد باطلاق اسم الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل عايشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير قرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا نبي الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي وما معه الا مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وقد روي بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في نسخ الاصول وهو حديث مشهور تجوز به الزيادة على الكتاب ونسخ الطلاقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثم ولا خلاف لاحد فيه اي في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنهما وقيل هو قول بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور ولهذا اذا قضى القاضي به

اي بقول سعيد بن المسيب رضي الله عنهما لا يعتد والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسلة وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال ومالك رحمه الله يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله وفسره اي المراهق في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى آخره وهو ظاهر **قوله** ووطئ المولى امته لا يحلها اذا طلق امرأته ثنتين وهي امة الغير ووطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الاول لان غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان رضي الله عنه سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي رضي الله عنه مغضبا كارها لما قالا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك اوقالت المرأة ذلك فالنكاح مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لا فساده فان طلقها يعنى الذي شرط التحليل بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى الوقت كأنه قال تزوجتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شرط التحليل صحة النكاح كما تقدم وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني فبشرط

فشرط التحليل يصير مستعجلا الحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر
في روضة الزندويسي رحمه الله ان ابا حنيفة رحمه الله قال النكاح جائز والشرط جائز حتى
اذا لم يطلقها الثاني بعد وطئه اياها يجبره القاضي على ذلك ويحل للزوج الاول
اذا طلقها الثاني برأيه او بامر القاضي اياه قال الامام ظهير الدين رحمه الله هذا البيان
لم يوجد في غيره من الكتب واذا طلق امرأته الحرة بتطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها
وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج
الثاني الطلاق كما يهدم الثلث يعني انه يجعل ذلك الباقي من الملك الاول كان
لم يكن ولا تحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلثا جمعا اوفرادى عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم
وقال محمد والشافعي وزفر رحمهم الله لا يهدم ويبقى الزوج مالكا لما يبقى من الاول وتحرم
الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر وعلي وابي ابن كعب وعمر بن حصين
وابي هريرة رضي الله عنهم فاخذ الشبان بقول المشائخ رحمهم الله من الصحابة والمشائخ
من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضي الله عنهم واستدل محمد رحمه الله بان الزوج
الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا
غَيْرَهُ على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها لان المغيا ينتهي بالغاية فيكون
الزوج الثاني منهيا للحرمة ولا انهاء للحرمة قبل ثبوتها وليست ثابتة قبل وقوع الثلث
ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له ووجه الاستدلال ان اهل
الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني فكان المراد بالمحلل الزوج الثاني
وسماه محللا وهو المثبت للحل ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق
او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني وبالضرورة
يكون غير الاول والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلث فان قيل

سلمنا ان المحلل هو المثبت للحل وان يكون ذلك حلاً حديداً لكنه يقتضي ان يكون
ذلك في المطلقة ثلثا لامرين احدهما ما ذكره المصنف رحمه الله ان محمله هو شرط
التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصرف
الى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة والجواب انا قد ذكرنا لقوله وهذا هو محمله معنيان
احدهما ما ذكرت وليس بمرضي والثاني ان محمله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول
وان الحل وان كان قبل ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج
الثاني على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور تقييد بلا دليل والثابت به غير الثابت
قبله على ما ذكرناه فكانت المطلقة ثلثا وغيرها سواء وبه يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلثا
فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله واختلفوا في ادنى
هذه المدة قال ابو حنيفة رحمه الله لا تصدق في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله يصدق في تسعة وثلثين يوما وتخريج قولهما انه يجعل كأنه طلقها في آخر
جزء من اجزاء الطهر وحيضها اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلثة
اذا كانت ثلث مرات كانت تسعة والطهران ثلثون يوما فلذلك صدقت في تسعة
وثلثين يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها واما تخريج قول ابي
حنيفة رحمه الله فيجعل كأنه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر
بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة
لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او يمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط
من ذلك وهو خمسة فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر تكون خمسة واربعين وثلث حيض كل
حيض خمسة خمسة عشر وذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد رحمه الله واما على رواية
الحسن رحمه الله فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب وايقاع
الطلاق في آخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها

طهرها باقل المدة نظرا لها يقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج فثلث حيض كل حيض عشرة ثلثون وطهران كل طهر خمسة عشر يوما ستون يوما وقوله وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة حوالة غير رائجة لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا لا حوالة وكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر واقول الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر *

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في الاسرار في اول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تتعلق من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فيبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة منه في الاباحة الايلاء لانه من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء فكان ادنى درجة منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة وهما متشابهان في ان الابانة فيهما موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا يستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق الرجعي وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة رحمه الله او من اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر او نحوه او يقول ان قربتك فعبدي حر او امثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث

والبرفيه شيء ومن هذا قيل المولي من لا يخلو عن احد المكروهين فاذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وقال الشافعي رحمه الله لا تلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث * وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي رحمه الله لا تقع الفرقة بمضي المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل تبين بتفريق القاضي بينهما فكان التفريق تطليقة بائنة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة * ولنا انه ظلمها بمنع حقها وهو الوطئ في المدة فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد ابن ثابت رضي الله عنهم وهم عند الفقهاء عبد الله ابن مسعود وعبد الله بن عباس و عبد الله ابن عمر وعند المحدثين هم اربعة ابن عمرو وابن عباس وابن الزبير وابن عمر ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم اجمعين واعترض بان الزوج انما يكون ظالما بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء زوال النعمة بوقوع الطلاق لمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة وليس كذلك لان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية

الجاهلية على العور بحيث لا يقربها الشخص بعد الايلاء ابدا فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء المدة فلم يتصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة او تفريق القاضي وقوله فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة اشهر او على الابد فان كان الاول فقد سقط اليمين لانها كانت موقتة به وان كان الثاني فاليمين باقية لانها يمين مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشائخ رحمهم الله وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا يرى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل على انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر بعد انقضاء عدتها عاد الايلاء وان وطئها في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج حدث حقها فتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن وقوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج قيل هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج كذا ذكر التمرتاشي فان تزوجها ثانيا وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر الى التزوج قبل الايلاء والاول اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق وان وطئها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقييده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق بعدم

القران وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق وهو فرع مسئلة التنجيز الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقد مر من قبل اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط واذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها ثلثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان الايلاء طلاق مؤجل فهو انما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلث عليها وكذلك لو بانت بالايلاء ثلث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن مؤليا الا عند زفر رحمه الله اما الكفارة عند الوطئ فلبقاء اليمين لا لطلاقها ولوجود الحنث **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن مؤليا ان حلف على اقل من اربعة اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو وضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين او ثلثة اشهر لم يكن مؤليا وقال ابن ابي ليلى هو مؤل فان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة رحمه الله اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس رضي الله عنه مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم وساعة يلزمه تربص اربعة اشهر فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس رضي الله عنه فكيف رجع ابو حنيفة رحمه الله عن قوله والجواب ان فتوى ابن عباس رضي الله عنه وقع في المقدرات والرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تقييدا وتقديره والله اعلم للذين يؤلون من نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر ترك الاول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله ولان الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث وتقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان من آلى منها زوجها شهرا اي اكثر المدة وهو ثلثة اشهر حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد

المنعقد على شهر لا يثبت حكم الطلاق بمضي اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن
لم يقربها اربعة او اكثر بلا يمين وانه بمضي اربعة اشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع الى
الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله ومثله ويجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة
ولو قال المصنف رحمه الله ولان الامتناع عن قربانها في بعض المدة يدل في اكثر المدة
كان اشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مؤل لانه جمع بينهما بحرف الجمع وهو الواو فصار كالجمع
بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة حيث لم يفرد المدة
الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمته كفارة واحدة ولو مكث يوما او ساعة ثم
قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن مؤليا لان الثاني ايجاب
مبتدأ والاصل في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث
بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الاولى واما اذا فات
احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا مبتدأ وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون
مؤليا لفوات الامور الثلثة لوجود المكث يوما او اعادة اسم الله وحرف النفي فقد
صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاولى بقوله بعد الشهرين
الاولين اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع فلا يكون مؤليا ويكون
كلامه يمينين مستقلين تلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين
ولا شهرين لا يصير مؤليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصار الاجلين متداخلين
كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين فان اليمين تنقضي بيومين لانه اعاد
كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت
الواحد يصلح وقتا لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه
الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فمضى واحد تنتهي الايمان كلها فكذلك ههنا اذا

مضي شهران فقد مضت مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الايلاء بغير شيء يلزمه ولا يصير مؤليا بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد المدة الثانية بمعنى على حدة كان الكل مدة واحدة فكان مؤليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن مؤليا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول يصرف الاستثناء الى آخرها كما لو قال آجرت داري هذه سنة الا يوما فتمت مدة المنع * ولنا ان المؤلي من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشيء يلزمه وهذا ليس بصادق على ما نحن فيه لانه يمكن القربان اذ المستثنى يوم منكر فما من يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه بان يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه ولا يجوز صرفه الى آخر السنة لانه معين فكان تغيير الكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة لان الجهالة لا تمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى آخر السنة لتصحيحه اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر واكثر صار مؤليا لسقوط الاستثناء * ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مؤليا لانه يمكن القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا يشكل بمن له اربع نسوة وقال والله لا يقربهن فانه يصير مؤليا منهن ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر بهن بالايلاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن الى ان يأتي الثلث منهن من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق باجزاء المحلوف قبل ان يأتي بالكل كما لو حلف لا يدخل هذه الادور الاربع له ان يدخل كل واحدة منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة بمنع القربان مؤليا في الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء لا يمنع صحة الايلاء لانه انما صار مؤليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا يلزم الكفارة بقربان بعضهن لان الكفارة موجب الحنث فلا يحنث ما لم يتم شرطه ولكن

ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة لقربان الاخيرة فقط بل بقربانهن جميعا
واما وقوع الطلاق فى الايلاء فباعتبار الشروذلك يتحقق في حق كل واحدة منهن فلهذا
تبين بمضي المدة كذا فى النهاية **قوله** ولو حلف بحج اوبصوم لما فرغ من اليمين بالله
فى الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان يعلق قربانها بحج
اوصوم اوصدقة اوطلاق او عتاق فانه يصير مؤليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط
والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع موهوم يعني لان الاصل عدم مايحدث فلا يمنع
المانعية فيه اي فى الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يملك
قربانها من غيران يلزمه شيء فان اشتراه يلزمه الايلاء من وقت الشرط لانه صار بحال
لا يملك قربانها الا بعتق يلزمه وان كان جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن مؤليا
لان اليمين قد سقطت بوجود شرط الحنث بعد بيع العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه
سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غيران يلزمه شيء وقوله وان آلى
من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها فى الجماع والمطلقة
الرجعية ليس لها حق فى الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك
حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي
ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هوالايلاء واجاب العلامة شمس الائمة الكردري
رحمه الله بان الحكم فى المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية
من نسائها بالنص وهوقوله تعالى وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ والبعل هوالزوج فكانت المرأة
من نسائه فكان الحكم المرتب على نساء الازواج بقوله لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ
مرتبا على المطلقة الرجعية ولوقال لاجنبية والله لا اقربك اوانت علي كظهر امي ثم تزوجها
لم يكن مؤليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية اذ المحل
نساؤنا بالنص فكان كبيع جلد الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا وان قربها

كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث لان اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته الا يرى انه لو قال لا شربن الخمر في هذا اليوم ومضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا ومدة الايلاء للامة شهران وقال الشافعي رحمه الله مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة قوله وان كان المولي مريضا هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها انه ان آلى وهو صحيح وقد بعد ايلائه صحيحا مقدار ان يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد ذلك ففيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في اول الوقت ولم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني انه آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلاء عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رحمه الله لانه لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الآخر ولنا انه آذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه حينئذ وانما قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان المولي مريضا وقت الايلاء وجب ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله وقد ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في

في اول كتاب البيوع والثالث انه آلى وهو مريض فقدر على الجماع في المدة وفيئه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول اولم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذلك اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف ولقائل ان يقول المؤلي اذا كان مريضا حال الايلاء لانسلم ان الاصل في فيئه الجماع لماذكرنا آنفا انه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب ان المرض قد يطول وقد يقصر فعلى تقدير ان يقصر عن مدة الايلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع وتبين ان قصده في الابتداء لم يكن الامنع الحق بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في اطلاق الخلف بعض تسامح على فوركلامه فتأمل واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها لايمتاز بعضها عن بعض الا بارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لايقع الطلاق ولايكون ايلاء ولا ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المرأة كانت حلالا له فقوله انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان ينصرف اليه ولا ينصرف الى غيره الا بقرينة اونية لان الحقيقة لاتحتاج الى شيء من ذلك وقيل لايصدق في القضاء ذكر الطحاوي والكرخي رحمهما الله في مختصريهما ان القاضي لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهرا لكونه تحريم الحلال كما نذكره وان قال اردت الطلاق فان لم ينوشيئا من العدد اونوى واحدة اوثنتين فهي واحدة بائنة وان نوى الثلث فثلث لانه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها وان قال اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار نقله شمس الائمة السرخسي رحمه الله عن النوادر لمحمد رحمه الله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم اولم ارد شيئا

فهو يمين يصير به مؤليا فان قربها كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال انما هو يمين عندنا لقوله تعالى يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ الى قوله قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ واما اذا قال لم ارد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان فى الايلاء الوطئ حلال قبل الكفارة وفى الظهار ليس كذلك ولان الحرمة فى الايلاء لا تثبت فى الحال ما لم تنقض اربعة اشهر وفى الظهار تثبت فى الحال واذا اريد به الطلاق وقع بائنا ويحرم الوطئ والايلاء لا يحرم الوطئ ولما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها وسيجيئ الكلام فيه فى الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشائخنا رحمهم الله من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق بدون النية قال به ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر بن سعيد رحمهم الله قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله اعلم بالصواب *

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة والثاني ان معنى الايلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بمالها وهو فى الشريعة عبارة عن اخذ مال المرأة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة ومن جانب الزوج يمين على قول ابي حنيفة رحمه الله ويمين من الجانبين عندهما على ما سيأتي فى بيان ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي في جانب وخافا

وخافا ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا بأس بان تفتدي المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت سمى الله تعالى ما اعطته فداء من فداه من الاسر اذا استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطى في تخليصهن فداء فاذا فعلا ذلك وقع الطلاق البائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع والواقع بالكناية بائن فان قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجاب بقوله الا ان ذكر المال اغنى عن النية ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة وقوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان يأخذ عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اتأخذونه بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو مؤكد بتاكيد في قوله اتأخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن منكم ميثاقا غليظا وكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا اشار بدليله الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان

النشوز منها كره له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ماتلوناه بدءا اي اولا يعني قوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ فانه لا يفصل بين الفضل وغيره ووجه الرواية الاخرى اي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس واما الزيادة فلا وقصتها ماروي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها دما روينا من الحديث وكان قوله اما الزيادة فلا ينفي اباحة اخذ الفضل على ما ذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ شيئان بجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون كلام المصنف رحمه الله وفرقوا بين العبارتين بان كل مباح جائز دون العكس لان الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنتفي الاباحة ايضا واذا انتفت الاباحة ثبت ضدها وهو الكراهة فلا ينتفي الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة وقد ترك يعني ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لايعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لايعارض الكتاب والجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح وهي ناشزة فكان الاخذ وهو ناشز اولى ان لايكون

لايكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض للكتاب اخذ منه وهو باشر وهو قوله تعالى وَإِنْ أَرَدْتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ إلى قوله وَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا والكتاب يجوز ان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزم المال لان هذا تصرف معاوضة يعتمد اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا لامحالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان الحكم يتعلق فيه بالقبول واما اهلية المرأة فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة **قوله** وان بطل العوض في الخلع اذا خالع المسلم امرأته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع التطليقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه علقها بقبولها وقد قبلت واما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم والواقع بها بائن اذا لم تكن من الالفاظ الثلثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلانها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ولانه لا وجه للالزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه ولا الزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على حل

بعينه فظهر خمرا فانه يلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط وهذا والصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لان التغرير في ضمن العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وان اداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب وما رضي بزواله مجانا فلما لم يقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزمته قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة اما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما ذكره بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادى الخمر المسماة فلان في الكتابة تعليق العتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيتبع المشروط قيل وفي قوله على خمر تلويح الى انه لو كانت على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا تجب القيمة وقوله وبخلاف النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان البضع في حالة الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح **قوله** وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع كل ما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لان ما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا ينعكس فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن

البطن ليس بمال في الحال وان كان بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك تكون في معنى الاضافة او التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والاضافة وكذلك العوض الآخر واما الخلع فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فامكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المآل واذا صحت التسمية فله المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال لان كلمة ما عامة يتناول المال وغيره وان قالت خالعني على ما في يدي من المال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي لجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه لجهالة المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج لما تقدم فتعين ايجاب ما قام بالبضع على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم واضح وقوله وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعيض كما في قولك اخذت من دراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام فانها لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم احتمل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فتلزمها ثلثة دراهم واعترض بان ما ذكرت من الاحتلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما في يدي

ويكون تقديره خالعني على دراهم وقوله الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم واللام اذا دخل على الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانه اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم تلزمها ثلثة وهو المطلوب وعن الثاني بانا لا نسلم انه لا معهود ثم بل ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه يعني ان لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة يقتضي سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان ما يناقضه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء وانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم انواعها مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق وصف السلامة فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسلم وباشتراط البراءة عنه يفوت هذا المقصود ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله وعلى هذا النكاح يعني اذا تزوج امرأة على عبد آبق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الى آخره واذا قالت طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلثا على الف درهم

درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وقعت تطليقة بائنة بثلث الالف لان الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء واذا كان معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة على للشرط اي يستعمل للشرط مجازا قال الله تعالى يُبَايِعْنَكَ عَلَى أَن لَا يُشْرِكْنَ بِاللَّهِ شَيْئًا اي بشرط عدم الاشراك بالله ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار وكان شرطا ومحور المجاز ماذكره المصنف رحمه الله انه استعير للشرط لانه يستلزم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط لايتوزع على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ماذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز آخر وليس احد المجازين اولى من الآخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبله تبعا لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط والجزاء بالذات فكان جعله للشرط مجازا اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما عرف في الاصول **قوله** على ما مر اراد به قوله لان حرف الباء تصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ غير مبني على سؤالها فوقع وله الرجعة وقوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ اليها ان كانت غائبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقوله لان معنى

قوله بالف بعوض الف يجب لي عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبوله ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده يحتاج الى ان يضم اليه ووجوده بكون الالف عليها وكونها عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المرأة والعبد اذا قبلا المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا معتبر بقبولهما وعندهما يجب على المرأة والعبد المال والثاني انهما اذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت طالق بالف درهم فقبلت ولهما ههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو للحال كانه قال انت طالق في حال ما يجب لي عليك الف درهم ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجبت الالف ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله عليك الف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل اذ الاصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة

محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو قال انت طالق على الف على اني
بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل اذا كان للزوج وجائز
اذا كان للمرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان اجازت الطلاق ولم ترد
الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار
باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد ولا فسخ
بعد الانعقاد ههنا لان التصرفين يعني ايجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ
من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر الشرط والجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ
واما من جانبها فلان قبول المرأة شرط تمام اليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المرأة فاخذ
قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع من جانبها
بمنزلة البيع الا يرى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع واذا كان
كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين لانه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف
على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان فان قيل قد ثبت انه من جانبها شرط اليمين وشرط
اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه شرط اليمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه كمن قال
لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر فانه معلق بالمعاوضة فلم يمنع كونه معاوضة
ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك يثبت فيه الخيار ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار
بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب العبد في العتاق مثل
جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا حرره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار
في الخلع من جانب المرأة ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي
فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس
فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من جانبه
فانه تعليق للطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به اي باليمين على

تاويل الحلف اوالمذكور لايكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه
اي بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به
اي بالبيع اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهوغير مسموع
قوله والمبارأة كالخلع المبارأة بفتح الهمزة مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما
شريكه وترك الهمزة خطاء كذا في المغرب والاصل في هذا الفصل ان المبارأة والخلع
كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر
والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى مادامت في العدة
به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لايسقط فيهما الا ما سمياه وابويوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله
في المبارأة فلوكان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها
فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي قولهما ترجع عليه
باربع مائة درهم ولوكان قبضت الفا ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة
في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام النصف واذا خالعها على مال مسمىً معلوم
معروف سوى الصداق فان كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فانها تسلم الى
الزوج بدل الخلع ولا يتبع احدهما الآخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض
فالمرأة تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع عليه بشيء من المهر عند ابي حنيفه رحمه الله
خلافا لهما واما اذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج يأخذ منها بدل
الخلع ولايرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند ابي حنيفة رحمه الله
وان لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف
المهر عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما واما اذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب
فيه عند محمد رحمه الله كالجواب في الخلع عنده وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

رحمهما الله الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة رحمه الله لمحمد رحمه الله ان هذه اي
كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين
واجب بسبب آخر او عين في يده لايسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدتها لا تسقط وان كانت
من حقوق النكاح ولابي يوسف رحمه الله ان المبارأة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل
من الجانبين وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر وانه اي لفظ البراءة على ما قيل
او على تاويل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت
البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط
ما وجب باعتبار تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة
بالنكاح فتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل
في نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رحمه الله ان الخلع
ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عنه فالفصل لا يكون
الا عن وصل ولا وصل الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح
كالمبارأة فيعمل بالاطلاق كما في المبارأة في النكاح واحكامه وحقوقه قولا بكمال الفصل
ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع لتسقط به وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته
وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع
لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث والبدل
متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان
الرجل اذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول
ولهذا يعتبر نكاح المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهذا
من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع
وهل يقع الطلاق او لا يقع فيه روايتان في رواية يقع وفي اخرى لا يقع ومنشاء الروايتين

قول محمد رحمه الله في الكتاب لم يجز بانه يحتمل ان ينصرف الى الطلاق وان ينصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه في المنتقى فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت الصغيرة لزوجها خالعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف رحمه الله وقال والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله اي قبول الاب فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط مثل ان يقول ان دخلت الدار او غيره وفي ذلك يقع اذا وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوي فان الاب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل واحد فان خالعها على الف على انه اي الاب ضامن فالخلع واقع وعلى الاب الالف ومعنى الضمان ههنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذه التصرفات من الاجنبي ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تأمل فان التصرف في مال الصغير نفسه انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغير وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها

من الظهار فلم انعكس الامر اجيب بان اوقات الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كثرا وقات الطهر كان الجماع موجودا فيهما ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيه ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ولا يعاود الوطئ حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امرأتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله ولو كان شيء آخر وا جب لبينه عليه السلام **قوله** وهذا اللفظ هذا اشارة الى قوله انت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق او الايلاء او قال لم انوبه شيئا يكن ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لانه في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة نكاحا او بملك اليمين بالمحرمة تابيدا لا توقيتا وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها قوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليه ظاهر وان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن كما بيناه في الطلاق * ولو قال انت علي مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته

ليكشف ذلك وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة رحمه الله وحده وعن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان احديهما كقول محمد رحمه الله لانه قال في الامالي وان قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق قضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ اُمَّهَاتُكُمْ وكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا يثبت اقل الوجوه وهو الايلاء ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه الا ان يبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد رحمه الله ان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف رحمه الله هو الايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول وزورا ولان الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند محمد رحمه الله ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى به ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين بحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الاولى ووجهها ظاهر وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رحمه الله ايلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه تختص به وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا فطلاق

فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي رحمهما الله في شرحهما للجامع الصغير لان التحريم محتمل ونية المحتمل صحيحة عبران عند محمد رحمه الله اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا يعني يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله بان الطلاق ان وقع بقوله انت علي حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح وان قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين رحمه الله عن هذا فقال يصح ظهار المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه وقوله وقد عرف في موضعه يعني مبسوط شمس الائمة رحمه الله ولابي حنيفة رحمه الله ان قوله انت علي حرام كظهر امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر فيرد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل الى المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ولان الحل في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا تكون الامة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان الامة محل للظهار بقاء فيجب ان تكون محلا ابتداء كما لو ظاهر

من امراته وهي امة ثم اشتراها فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالا نتداء
والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى النكاح والجواب بان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار
انها محل للظهار بقاء وانما هو باعتبار ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا تزول الا بالكفارة
وههنا قد صادفت محلا فيبقى الى ان يوجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق
فانها اذا طلقت ثنتين لم تحل بعد ذلك بسبب مالم تتزوج بزوج آخر فان تزوج امرأة
بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق فى التشبيه وقت التصرف
لكونها محرمة قبل اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن
منكرا من القول والظهار منكر من القول **قوله** فالظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق
النكاح جواب سؤال تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون
الظهار موقوفا على الاجازة توقف اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب
منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه
فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف الظهار عليها والدليل على انه ليس من
حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع لانه منكر من القول ومالا يكون مشروعا
لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه اي الاعتاق
من حقوق الملك لكونه منهيا للملك ومتمماله ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان
مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف الايلاء منهن يعني بان يقول
لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن جميعا وان قرب
الكل قبل مضي المدة تجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة
حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم والله اعلم *

فصل

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطئ ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ماينهي تلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار والعود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما بالفاء وانما كان ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزورا وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان يكون سببا للكفارة لان سببها لابد وان يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة على ما عرف في الاصول فضم اليه ذلك العود عما قال لكونه نقيض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب مستقل لها حتى لو عاد بالعزم على الوطئ ثم ابانها او ماتت لزمته الكفارة ولو عاد ثم بدا له ان لا يطأها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لايجوز وهو جائز فالجواب ان المراد بالعود حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت انهاء للحرمة الثابتة بالظهار ولا يمكن ايقاع الفعل حلالا الا بعد انتهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا يرى انه لو ورث اباه ونوى الكفارة لايخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون المملوك لان الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف رحمه الله بوجهين احدهما انه لا يسمع عن ائمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة

والثاني ان تذكير الذات لا يجوز فالصواب ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فتذكير الذات باعتبار المعنى الثاني قوله والشافعي رحمه الله تعالى اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله تعالى لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ثم مقارنة المعصية اي بقاؤه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره ولقائل ان يقول مقارنة المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون تصور ذلك منه مانعا عن الصرف اليه كما في الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه مواساة عباد الله تعالى لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم اخرجهم من المصرف **قوله** ولا تجزى العمياء اي لا تجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او انثى وكلامه ظاهر والضابطة في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغي به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة فجامعها ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها وان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما يبتغي من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه وقوله ولا يجوز الاصم والاصح وقوله لان قوة البطش بهما يفيد ان ما نزول به تلك

تاك القوة كان مانعا فقطع اكثر اصابع كل يد كقطع جميعها وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقة ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق فيهما ناقصا فانه اذا ثبت فيه شيء من القوة الحكمية زال في مقابلته شيء من الضعف الحكمي وقوله فاشبه المدبر استدلال بما لا يقول به فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي رحمه الله جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والكتابة لا تنافيه دليل آخر وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم تزل رقيته بها لان الشيء لا يزول الا بما ينافيه والكتابة لا تنافي الرق فانها اي عقد الكتابة او ذكره باعتبار الحرف فك الحجر اذا لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون اجاب بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه اي جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن اعتاق كفارته لكنه اذا اعتقه عن الكفارة ينفسخ قبل الاعتاق بمقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة بمقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله اكساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي المكاتب الاكساب والاولاد لان العتق في حق المحل يعني المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق باداء بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصح الا برضاء المكاتب ولم يوجد منه

صريحا فيفسد دلالة والدلالة انما تتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق
بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف الجهات وجعل الاعتاق للتكفير
لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا للجانبين اولان الفسخ يثبت
ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه
واصح وقوله بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق
فان قيل يجب ان يقع عن الكفارة عندهما وان كان المعتق معسرا لانه يصير حرا مديونا
بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه لم يجز لان وجوب هذا الدين بسبب
الاعتاق فلا يكون هذا العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة ولابي حنيفة رحمه الله ان نصيب
صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر استدامة الملك فيه ثم يتحول اليه اي الى المعتق بالضمان
ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الا شيئا ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمونات تملك باداء
الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان
الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه
اجيب بان الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في
حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك
في حقها مستندا او يلزم منه النقصان المانع فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق
باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين ولا محذور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان لما مر
والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة
فانه اعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع
شاة للاضحية فاصاب السكين عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك
النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك
حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة

الى الكفارة لانعدام الملك له في ذلك النصف فيبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فاذا ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه الى الكفارة وهو ناقص فصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله وهذا اي جعله اعتاقا بكلامين على اصل ابي حنيفة رحمه الله في تجزي الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة الا انه اعترض على قوله واعتاق النصف حصل بعده بانه اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي ان لا يجوز من الكفارة واجيب بانه انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف العبد كأن لم يكن فكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين فان صام بالاهلة جاز وان كان كل شهر تسعة وعشرين فان صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه ان يستقبل وكذا اذا دخل في صيامه شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يستأنف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطئا يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطئها بالنهار ناسيا او بالليل كيف ما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق واما ذكر العمد فيه بالليل فقد وقع اتفاقا لان العمد والنسيان في الوطئ بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطئ لا يفسد الصوم لابي يوسف رحمه الله ان هذا وطئ لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع هو الشرط في كون

الصوم كفارة وقد وجد فان قيل تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا فيما دهما اليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل ولهما ان الشرط فى الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط الثاني وهو الخلو عنه يعدم به اي بالمسيس فيعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثاني ان يقال قوله وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود الى اداء الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا الى آخره والجواب عن قوله انه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع هو ان عدم الفساد فى النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى عدم قطع التتابع وفى العمد لعدم القائل بالفصل وان افطر يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز عما اذا افطرت المرأة في كفارة القتل والافطار بعذر الحيض فانها لا تستأنف لانها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لاحيض فيهما فلو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد

بعد العروب كان الصوم من كفارته وقوله وان ظاهر العبد ظاهر وقوله او قيمة ذلك
اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها قيمة
اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كان اكثر من الآخر او مثله قيمة حتى لو ادى
نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف
صاع حنطة يبلغ قيمته صاعا من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه
من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه
لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره وقوله في حديث اوس
بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة
التي نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور
في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر
البياضي وما ذكره المصنف رحمه الله موافق لما اورده الامام المستغفري في معرفة الصحابة
رضي الله عنهم قال سهل بن صخرة الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار ولكن
بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا مدا من حنطة ومدا آخر فقيرا
آخر لا يجوز لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق
لم يوجد الاطعام المعتاد للمساكين واما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه
مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا وقوله او قيمة ذلك ظاهر وقوله لحصول المقصود اذ
الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود من البر والتمر والشعير
الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة
مساكين في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسى خمسة والكسوة ارخص من الطعام
فلم تجز لما ان المقصود بالكسوة غير المقصود بالطعام الا يرى ان الاباحة في كفارة اليمين
بطريق الاباحة في احدهما يجوز دون الآخر واستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين بان كان

بينه وبين شريكه عبد ان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنهما وان اتحد الجنس
من حيث الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة
في كل رقبة تمنع التكفير بها وقوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم
وعشاهم بكلمة الواو لا او لان التغدية وحدها او التعشية وحدها لا تجزي قال في المبسوط
المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما الغداء والعشاء واما غداءان او عشاءان لكل
مسكين فان المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي المجرد عن ابي حنيفة رحمه الله
اذا غدا ستين وعشا ستين آخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر هو الشبع
لا المقدار وان كان احدهم شبعان اختلف المشائخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يجوز
لانه وجد اطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع
الستين وهو ما اشبعهم وقوله وقال الشافعي رحمه الله متصل بقوله فان غداهم وعشاهم
وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا على الزكوة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز
الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب الاباحة منابه ولنا ان المنصوص عليه هو
الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي
التمكين كما في التمليك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلمراعاة عين
النص واما بالتمليك فلاشتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعمه او يصرفه
الى حاجة اخرى فلذلك يقام التمليك مقام المنصوص عليه اما الواجب في الزكوة
فهو الايتاء لقوله تعالى وَآتُوا الزَّكوٰةَ وفي صدقة الفطر الاداء لقوله صلى الله عليه وسلم ادوا
عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي ظاهر وقوله وهذا اشارة
الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة
بطريق الاباحة فلا خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف
المشائخ رحمهم الله فيه فقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف

وَلَمْ يَكُنْ لَّهُمْ شُهَدَاءُ اِلَّا اَنْفُسُهُمْ ووجه الاستدلال ان الله تعالىٰ استثنى الازواج من الشهداء والاصل فى الاستثناء ان يكون من الجنس ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان ودل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا للتهمة قال الله تعالىٰ فَشَهَادَةُ اَحَدِهِمْ اَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللّٰهِ نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادات المؤكدة بالايمان ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تاكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعساهن يجترين على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن وسقوط وقعته عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة الشهادة مقام الحد فى الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والشهادة بالله كذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجري كجريانه فى الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة في كلمة واحدة او في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان يلزمه فى الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وهٰهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما

في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي رحمه الله اللعان انما يكون ايمان
مؤكدات بالشهادة فمن كان اهل اليمين كان اهل اللعان **قوله** اذا ثبت هذا نقول
يعني اذا ثبت ان الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان نقول
لابد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولابد ان تكون المرأة
ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلابد من الاحصان ويجب لهما ان ينفي
الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولد عن ابيه المعروف
فانه يكون قاذفا للمرأة وكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطئ بشبهة
لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه من الفراش الصحيح
قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رحمه الله لا يصير بنفي الولد قاذفا لها ما لم يقل
وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطئ بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد
الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير قاذفا لها ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ
الاسلام رحمه الله والقياس ما قاله الا انا تركناه للضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم
ان الولد ليس منه بان لم يطأها ا وعزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه بزنا او بوطئ
عن شبهة فاكتفي بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق
الاجنبي ويشترط طلبها موجب القذف لانه حقها لانه باللعان يدفع عار الزنا عنها فلابد
من طلبها كسائر الحقوق * فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن
ويكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس حتى يأتي بما هو
عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع
السبب اي سبب اللعان اي علته وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد
منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امرأته بالزنا واما اذا كذب نفسه فلم يبق
التكاذب بل وافق المرأة في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة

النسخة الاخرى فقيل انها تغيير على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا يرى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل فى القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال اراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله وهو قادر على ايمانه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا يحبس واولا من وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ وقوله الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن كانه استشعران يقال المتلو من النص لا يدل على المبتدأ به فقال الا انه يبتدأ وقوله فان امتنعت ظاهر واذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل ان يعرض عليه الاسلام او محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الآية فانه كان هو المشروع اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرط فاذا عدمت صير الى الاصل وقوله وان كان هو من اهل الشهادة وهو ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهن وبين ازواجهن اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث ولكن ابا بكر الرازي رحمه الله ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي رحمه الله باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي رحمه الله لعدالته وفقهه وضبطه مقتدى ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها وهي ايضا محدودة فى القذف درأ للحد اجيب بان المانع

عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه عبارة عما ينتفي به الحكم مع قيام مقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها بكونها محدودة في قذف بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد بل انعقد اللعان ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة اومكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد لان القذف يوجبه واجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درأ للحد وليس كذلك المحدود في القذف **قوله** وصفة اللعان ان يبتدأ القاضي صفة اللعان على ما ذكر في الكتاب واضحة وقوله فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يفيد انه لو مات احدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفي الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ووجه الاستدلال ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل عليه اي على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال دل عليه ايضا كان اولى فتأمل وقوله وقول ذلك الملاعن يريد عويمر العجلاني فانه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها اجيب بان ذلك منصرف الى طلب رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت

استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر
رحمه الله بالحديث يجيء ثم اذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه لنيابته عنه كما في العنين وقوله وهو خاطب
اذا اكذب نفسه عندهما مسئلة مبتدأة وقال ابويوسف رحمه الله هو اي الثابت باللعان
تحريم مؤبد لقوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد
وهو ياني عوده خاطبا ولهما ان الاكذاب اي الاقرار بالكذب رجوع عن الشهادة
والرجوع عنها يبطل حكمها ولا منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان
ما داما متلاعنين لانهما يكونان متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار
بقاء حكمه فلم يبق شيء بعد الاكذاب اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما اكذب نفسه
وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولوكان
القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه من الاب والحقه بامه وصورة اللعان في ذلك
ان يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الى آخره وهو ظاهر وقوله ولان المقصود من هذا
اللعان نفي الولد حيث كان القذف به فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق
يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج الى ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف
رحمه الله ان القاضي يفرق بينهما ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى
لولم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد ينفك عنه اي عن التفريق
اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان
ولا ينتفي النسب عنه فلابد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف
رحمه الله فان عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب
الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا اكذب
نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان اما اللعان فلان المقصود باللعان

التفريق بينهما ولا يتأتى بذلك بعد البينونة فلا معنى للعان بعد فوات المقصود
ولا حد عليه لان قذفه كان يوجب اللعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين
بخلاف ما اذا اكذب نفسه بعد ما لاعنها لان وجوب اللعان هناك باصل القذف
والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها باكذابه
نفسه فيكون حدا نظير شهود الزنا اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم توجد كلمات اللعان ولهذا
لا يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت
بالتطليقات الثلث وانما قذفها بالزنا بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا
لم يلزمه حد ولا لعان لانه قذفها وهي منكوحة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها
اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان كذا في المبسوط * وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله
وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا
لفظ القدوري وقوله فكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له ان يتزوجها وقوله
لما بينا يريد به قوله لانه لما حد لم يبق اهل اللعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها
لانتفاء اهلية اللعان من جانبها فان قيل لما جرى اللعان بينهما علم انهما زوجان على
صفة الاحصان والمرأة والرجل اذا زنيا بعد احصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت
معناه رجمت فبعد ذلك اين تبقى محلا للزوج اجيب بان معنى قوله حدت جلدت
وتصويرا المسئلة ان يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها زنت بعد اللعان وكان
حدها الجلد دون الرجم لانها ليست محصنة لان من شروط احصان الرجم الدخول
بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قوله** واذا قذف امرأته وهي صغيرة اذا قذف الرجل
امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنبيا لعدم
احصانها لانه من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام
حد القذف وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف

وقذف الاخرس لايتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد القذف وحد القذف لايثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو يقول اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لاتعري عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تدرأ بالشبهات واللعان في معنى الحد واذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف وقوله والقذف لايصح تعليقه بالشرط انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى بقائه الى زمان وجود الشرط في ذمة الحالف وفي ذلك احتيال لاثبات مايندرأ بالشبهات فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر وقوله وقد قذفها حاملا روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت اصيهب اريصح احمش الساقين فهو لهلال وفي رواية احيمر قصير وان جاءت به اسود جعدا حماليا فهو لشريك فجاءت به على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد حكم من احكامه لا يترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله اي قبل انفصال الولد او قبل حصول الولادة فان قيل دل يترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله اجيب بان اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام ولا يتقرر مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لاتترتب يراد به بعضها وهي نفي الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث اي حديث هلال محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي بدليل ما روينا انه عليه الصلوة والسلام قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي **قوله** واذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي يقبل التهنية قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل لانه لو قبل الاب التهنية ثم نفى لايصح نفيه وهو ظاهر وقوله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا

ولابي حنيفة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتأمل لئلا يقع في نفي الولد مجازفا واحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا مايدل عليه اي على عدم النفي وهو قبول التهنية او سكوته عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له وكذلك ابتياعه مايحتاج اليه لاصلاح الولد عادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه قدره بسبعة ايام لان في هذه يستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالرأي لايجوز وذكر في الشامل انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه مقدر بثلثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي عند ابي حنيفة رحمه الله في مقدار مايقبل فيه التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار بالعفة سابق على القذف جواب سؤال تقريره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف بابتداء الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب ووجب الحد فكذا ههنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال وهي زانية وفي ذلك التلاعن ولايكون ذلك اكذابا فكذلك هذا والله اعلم بالصواب *

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر

دكر حكم الاصحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عنّ اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان تقوم آلته اولم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر او الى بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او ضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها **قوله** واذا كان الزوج صبيا واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها فبها والا فرق الحاكم بينهما اذا طلبت المرأة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة واصحابه رحمهم الله والشافعي واصحابه رحمهم الله ومالك واصحابه رحمهم الله واحمد واصحابه رحمهم الله ولان حقها ثابت في الوطئ ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية آخذا بالاحتياط لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما تقع التطليقة بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة اما

الاول فلفوات المقصود وهو الوطئ واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البدل دل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم وتجب العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا يعني في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان مدعيا للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة فكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر وكان كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله تعالى لقد اصبتها بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتهن ليكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا يدفع في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيضة فيصب في فرجها فان دخلت فثيب والا فبكر قوله وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ظاهر قوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتاجيل ومرة بعد الاجل للعجز وان نكل خيرت لتايدها بالنكول اي لتايد دعوى المرأة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان حلف لا تخير لبطلان حقها وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرنا يعني قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل

يبطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتاخير الاختيار الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر **قوله** وفي التأجيل تعتبر السنة في التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزء من اليوم ويحتسب بايام الحيض وبشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض وعن شهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعليه هذا فتوى المشائخ رحمهم الله وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها وكذلك الغيبة لان شهر رمضان محسوب عليه وهو نادر في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر فثبت ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد رحمه الله ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقاء لا تستطاع الجماع لارتتاق ذلك

الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء قال في المغرب هو اما غدة غليظة او لحمة مرتفعة او عظم يمنع سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك وقال لانها يعني العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا وطبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها فاختلاله بهذه العيوب اولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحيوتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا يوجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح الا ترى انه لو لم يستوف لسواد فرا وقروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وانما المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقين فبالشق والفتق وقوله صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه صلى الله عليه وسلم قال لها الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اثبت له الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطيء لان شرعية النكاح لاجل الوطيء وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المصنف رحمه الله

رحمه الله الوطئ فيما اذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزمه من ذلك ان يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطئ وليس ذلك بمراد به وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف العيوب الثلثة والله اعلم *

باب العدة

العدة لما كانت اثر الفرقة بالطلاق وغيره عقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب المؤثر والعدة فى اللغة ايام اقراء المرأة وفى الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة مؤكدا بالدخول او الخلوة او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل ينقضي وعند الشافعي رحمه الله هو كف المرأة نفسها عن افعال محظورة عليها وقد عرف في موضعه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا تكون الا فى المدخول بها او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والفرقة فى النكاح الفاسد وهي ان كانت حرة ممن تحيض فعدتها ثلثة اقراء لقوله تعالى وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَثَةَ قُرُوءٍ وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم فى الفرقة الطارية على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيها اي فى الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار واللفظ حقيقة فيهما فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا يمكن ان يتناولهما جملة للاشتراك فان اللفظ

الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقيين حقيقة او مجازا على ما عرف في الاصول ولا بعد في ان يكون تعرض المصنف رحمه الله بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان احدها العمل بلفظ الجمع يعني القروء فانه جمع قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلثة وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما ان الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلثة في قوله تعالى ثَلٰثَةَ قُرُوْءٍ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بخلاف ما لو اريد بالقروء الحيض فانه يكمل ثلثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لما ان الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل او حائل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله صلى الله عليه وسلم وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق بيانا به اي فيلتحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلثة اشهر لقوله تعالى وَاللّٰآئِيْ يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيْضِ مِنْ نِّسَآئِكُمْ اِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلٰثَةُ اَشْهُرٍ وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى وَاللّٰآئِيْ لَمْ يَحِضْنَ عطف اللّٰآئِيْ لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما خبرا واحدا وفي هذا دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم المحيض كما في قوله تعالى فَلَمْ تَجِدُوْا مَآءً فَتَيَمَّمُوْا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى وَاُولَاتُ الْاَحْمَالِ اَجَلُهُنَّ اَنْ يَّضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وقوله فان كانت امة ظاهر وقوله

وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا نسخ قوله تعالى وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ واستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال فقال صلى الله عليه وسلم كان احدكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت ببعرة انما هي اربعة اشهر وعشر فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهي الحول وقصرى وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما عرف غير مرة ان الرق منصف * وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لا طلاق قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله ابن مسعود رضي الله عنهما من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى يعني سورة يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ الى آخرها نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ متأخر عن قوله تعالى يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج **قوله** واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وعدة المطلقة بطلاق الفار اذا كان بائنا او ثلثا ابعد الاجلين ان تعتد اربعة اشهر وعشرا فيها ثلث حيض حتى لو اعتدت اربعة اشهر وعشرا فلم تحض كانت في العدة مالم تحض ثلث حيض ولو حاضت ثلث حيض قبل تمام اربعة اشهر وعشر لا تنقضي عدتها حتى تتم المدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلث

حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع النكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال على توريثها لا في حق تغير العدة بخلاف الطلاق الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة و بين الملازمة بقوله احتياطا و بيانه انا انما اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت او باعتبار اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به فاذا جعل النكاح في الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها بالحيض مقرر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف رحمه الله فقال الا يرى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة و ليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا ينهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما عن ذلك كما ذكر في الكتاب ان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها عنده مسلمة والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث الى وقت الردة و بذلك السبب لزمتها العدة بالحيض فلا تلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت الامة في عدتها ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة

العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق واجيب بانها
انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ولهذا تتحول
بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم تتحول العدة
بالعتق وقوله ان كانت آئسة طاهر وقوله اذا رأت على العادة يعني ان رأت دما سائلا
وكان محمد بن ابراهيم الميداني يقول ان رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان
حيضها فهو حيض وان رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذاك من نتن الرحم فكان
فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح احترازعن قول
محمد بن مقاتل الرازي رحمه الله فانه كان يقول هذا اذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع
الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ست تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد
ذلك لم تكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل منقوض بمن صلى بوضوء
ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن الركوع والسجود
يؤمي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان تعتبر في الصلوة
او في الطهارة فكلاهما غير صحيح اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليست ببدل عن الصلوة
بالوضوء وكذلك الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بالركوع والسجود لان بعض
الشيء لا يكون بدلا عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع
بينهما لان احدى الطهارتين لا تكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض
واكمال البدل بالاصل جمع بينهما **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا
كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا رحمهم الله والمحرم اذا نكحها بالمحرم منها عند ابي
حنيفة رحمه الله والموطوءة بشبهة وهي التي زفت الى غير زوجها فوطئها عدتها الحيض
في الفرقة والموت جميعا لانها اي لان عدتها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح اذ
لا حق للنكاح الفاسد والوطيء بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة

والموت وان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفى بحيضة واحدة اوشهر واحد كما فى الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما كانت ثلث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا تؤخذ من حكم الصحيح كما فى البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما يفيدان افادة الصحيح غيران ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه وكذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان عدة الوفاة لزيادة اظهار التاسف لفوت نعمة النكاح فالنعمة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح فى اعتبار مدة العدة احتياطا

فاذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله فكان كالاستبراء ولهذا لا يختلف بالحيوة والوفاة ولنا انها اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واما ما فيه عمر رضى الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما وان كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما فى النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امرأته ظاهر قوله كالحادث بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت بستة اشهر وصاعدا من يوم الموت عند عامة المشائخ رحمهم الله وقال بعضهم بان يأتي لاكثر من سنتين قال فى النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت الموت كذا فى الفوائد الظهيرية ولهما اطلاق قوله تعالى وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ من غير فصل بين ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق او الوفاة وقوله ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة وهذا

وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة وبين الاول بقوله لشرعها اي لشرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه نظر لان الضمير في قوله لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا تكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل ان لا تكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في اولات الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من المدلول كان اتم فائدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار العدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والزمنا العدة ووجبت العدة بالشهور حقا للنكاح بآية التربص فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده فان قيل اذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت لها ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا الى اقرب الاوقات

فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين يعني في وجهي مسئلة الصغيرة هما وجه القائم عند الموت ووجه الحادث بعده لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور وقوله واذا طلق الرجل امرأته طاهر **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة واذا وجبت على المرأة عدتان فاما ان تكون من رجلين او من رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلث متزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلثا وقال ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا شك ان العدتين تتداخلان وان كان الاول فاما ان تكونا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجيء او من جنس واحد كالمطلقة اذا تزوجت بزوج آخر في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلتا عندنا ويكون ماتراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطئ الثاني اذا كان بعدما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطئ الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان تنوب عن اربع حيض حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطئ الثاني خاصة وان لم تكن رأت شيئا فليس عليها الا ثلث حيض وهي تنوب عن ستة حيض وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة كف عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة ولنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فتتداخلان **قوله** ومعنى العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ

عُقْدَةَ النِّكَاحِ الآية وقال الله تعالى وَلَا يَخْرُجْنَ الآية وموجب النهي التحريم واذا كان ركنها
الحرمة فالحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر في من حلف
لا يشربها وهو صائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه
الكف لقوله تعالى ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وان يجتمع الامساكان في يوم واحد واستوضح
المصنف رحمه الله تبعية العبادة بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف
يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق اداؤها بدون ركنها واعترض بانها لو كانت
للتعرف عن فراغ الرحم لم تجب على الصبية والآئسة لعدم الشغل بها ولا على المتوفى
عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا
ان المقصود ذلك لكن لا نسلم جواز التداخل والا لجاز التداخل في اقراء عدة واحدة لحصول
المقصود ونفي ضرر تطويل العدة عنها واجيب عن الاول بان الصبية التي تحتمل الوطئ
والآئسة تحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطئ لان العدة يكتفى في ايجابها
بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة
صيانة لمائي الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كماء الثاني وعن
الثاني بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلث حيض في حصول
المقصود لان المقصود من الاولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه
وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة
وفيه نظر لان المصنف رحمه الله لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال
واردا عليه وقوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط
لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام
اربعة اشهر وعشر يوم وعليها ثلث حيض للآخر وتحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة
الوفاة ايضا والله اعلم **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ابتداء العدة

فى الطلاق عقيب الطلاق وفى الوفاة عقيب الوفاة لان سبب وجوب العدة الطلاق
اوالوفاة فيعتبرابتداؤها من وقت وجود السبب فان لم تعلم بالطلاق اوالوفاة حتى
مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد رحمه الله اذا فارق الرجل امرأته زمانا
ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك
الوقت ومشائخنا رحمهم الله يريد علماء بخارا وسمرقند رحمهم الله يفتون فى الطلاق ان
ابتداءها من وقت الاقرار نفيا للتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا على الطلاق وانقضاء
العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصية لها بشيء اويتواضعا على انقضاء العدة لان
يتزوج اختها او اربعا سواها وقال فى الذخيرة اختار مشائخ بلخ رحمهم الله انه تجب العدة
من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق يعني حتى لا يتزوج باختها
وباربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة والسكنى لان ذلك
حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة فى النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق
بينهما او عزم الواطي على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار
بذلك بان يقول تركت وطئها وما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر
رحمه الله من آخر الوطئات لان الوطيء هو السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم تجب عليها
العدة ولنا ان كل وطيء وجد فى العقد وتقريره القول بالموجب وهو ان يقال سلمنا ان الوطيء
هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة واحدة
لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى فى الكل بمهر واحد واذا كان كذلك
لم يثبت آخر وطئة يترتب عليها العدة الا بالتفريق او العزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره
فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها وتحريره هذه النكتة ان العدة لا تثبت الا بآخر وطئة وآخر
وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم اما انها لا تثبت الا بآخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم
واما ان آخر وطئة لا توجد الا بالتفريق او العزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله

وقوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره ان حقيقة الوطئ امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ واذا قام مقامها فمهما كان التمكن باقيا كان الوطئ باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذ التمكن باق بعد كل وطئة فرضت فلابد من المتاركة او العزم ليرتفع التمكن فتعين آخر الوطئات فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة انما هي للزوجين وحقيقة الوطئ ليست مخفية بالنسبة اليهما قلت وقد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اى غير الوطئ وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا الاخت الموطوءة واربع سواها ولا خفاء في خفاء مفهوم كلام المصنف رحمه الله في النكتتين ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت وخاطري ابو عذرته وجهد المقل دموعه وقوله واذا قالت المعتدة قد انقضت عدتي ظاهر وقوله فتحلف كالمودع يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين وما على الامين الا اليمين **قوله** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في النهاية هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في اليتيمة والذخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول هل يكون دخولا في النكاح الثاني اولا فعند محمد رحمه الله لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهر ووجه قول محمد رحمه الله ان هذا طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة فان قيل يجب عليها اكمال العدة الاولى اجاب بقوله واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام ولده اي

الموطوءة التي ولدت منه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلث حيض حيضتان من النكاح تجتنب فيها ما تجتنب المنكوحة من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا يرى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجب حيضتان للفساد وهما تعتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الحداد واما الثالثة فانما يجب من العتق خاصة فلا يلزمها الحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره اي اثر الوطئ الاول وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة بالدخول في النكاح الاول ناب ذلك القبض الذي كان بالدخول مناب القبض اي بالدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن اجيب بانه ليس بطلاق بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم ان يساويه من جميع الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر وكمال وجوب العدة لا فيما سواهما حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا ويشبه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق وقول زفر رحمه الله على ما ذكره واضح وقوله وجوابه ما قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها مقبوضة في يده الى آخره واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مراغمة على نية ان لا تعود الى دار الحرب ابدا يقال راغم فلان قومه اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام ليس بشرط قال الامام التمرتاشي رحمه الله اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستأمنا ثم اسلم او صار ذميا والآخر على حربيته ثم

ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المرأة هي الخارجة فلا عدة عليها وانما قيد المصنف
رحمه الله بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها فان تزوجت جاز عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاح محارمهم
يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم
كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك وقد بينا في كتاب النكاح يعني
في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بينهما بسبب
آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب
لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ اَنْ تَنْكِحُوهُنَّ نفي الجناح
في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص وقوله ولان العدة
حيث وجبت دليل معقول تقريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لانها تجب
صيانة لماء محترم ولهذا لاتجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى
كان محلا للتملك وقوله الا ان تكون حاملا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي
ملحق بالجماد معنى لان معناه والحربي لاحق له الا ان تكون امرأة حاملا لان في بطنها
ولدا ثابت النسب والحمل الثابت النسب امنع من احتماله الا يرى ان ام الولد اذا كانت حاملا
لا يزوجها مولاها واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش
قائما فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم تكن ولقائل ان يقول قوله تعالى
وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ اَنْ تَنْكِحُوهُنَّ مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة
على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم
من كان يؤمن بالله ورسوله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة
بالقبول فيجوز به الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول وهو ان

لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الولد بخلاف الحبلى من الزنا لانه لا نسب له والله اعلم بالصواب *

فصل

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعله وما لا يجب يقال بت طلاق المرأة وابته والمبتوتة المرأة واصلها المبتوتة طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهي تقع على ثلث المختلعة والمطلقة ثلثا والمطلقة بتطليقة بائنة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها واصل الحد المنع يقال احدت المرأة احدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا واما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال في النهاية يمكن ان يقال قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل نفي لاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الاحداد نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقرير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا حينئذ اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر وهذا انسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم قال الله تعالى لِكَيْلَا تَأْسَوْا عَلَى مَا فَاتَكُمْ وَلَا تَفْرَحُوا بِمَا آتَاكُمْ وكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب واجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص

خاص وهو الفرح والاسي مع الصياح هكذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا احداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة فلا تاسف على فوته ولنا ماروي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب رواه ام سلمة رضي الله عنها ولم تفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ماروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولايخرجن من بيوتهن وابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده وقوله ولانه وجب دليل معقول ويجوز ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها بطلب الخلاص منه فكيف تتأسف فالجواب ان الاحكام انما تعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعم النكاح مما يوجب التأسف لوضعه فلا معتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين لايقال لوكان الحداد لما ذكر تم لوجب على الازواج ايضا لان نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم ادنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله والحداد ويقال الاحداد تعريف للحداد فكان موضعه اول الكلام واتي بجامع الصغير

لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوضع اشارة الى العذر وهو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي في ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف * والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة يريد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة او الطلاق فتجتنبها كيلا تصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة الاكتحال روي عن ام سلمة رضي الله عنها انها قالت جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افكحلها فقال صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلثا وقوله والمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روينا اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الحناء طيب **قوله** ولا حداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهي خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم واما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه اشار الى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع عنها وذكر الامة في اثناء هؤلاء استطراد وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلان كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة في الزينة لا سيما في النساء قال الله تعالى قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ فان قيل قد ذكر المصنف رحمه الله ان وجوب الحداد لاظهار التاسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعتان من النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب

وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح والحكم يدور على العلة دون الحكمة وارى ان قوله والاباحة اصل اشارة الى الجواب عن هذا السؤال ووجهه انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضت الاباحة الاصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة ولا ينبغي ان يخطب المعتدة لقوله تعالى وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ الى ان قال وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض ان يذكر شيئا يدل على شيء آخر وقد فسره ابن عباس رضي الله عنه في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله تعالى أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين والمستدرك بقوله تعالى وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ محذوف تقديره عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ فاذكروهن وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا اي وطئا لانه مما يسر إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمتوفاة ان تخرج من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او يغار فيه على نفسها او مالها واخرجها اهل المنزل فان كانت تسكن بكرا أو كان زوجها غائبا ولا يقدر على الاجرة والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج قال ابراهيم النخعي رحمه الله وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن قاله ابن مسعود رضي الله عنه

وبه اخذ ابو يوسف رحمه الله وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها وان يكون بذية اللسان تبذ وعلى احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها واصح وقوله صلى الله عليه وسلم التي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت ابي سعيد الخدري رضي الله عنهم لما قتل زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت ان تعتد في بيت جدرة لاهي بيت زوجها فاذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها اعيدي المسالة فاعادت فقال لها لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انها يجب عليها ان تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها الخروج لا ستفتاء وقوله والاولى ان يخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهم المنزل فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت بعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلوا اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او ثلثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مصرها ثلثة ايام اودونها اما اذا كانت ثلثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة مالم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين مقصدها ايضا ثلثة ايام او اقل فان كانت ثلثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي اولم يكن لان المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى

الى مكة وغالب طريقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي ان يختار اقرب الجانبين وفي هذه المسئلة كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر من غير محرم لانها خائفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك وقال المصنف رحمه الله الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان كان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا مضت لا يكون منشئة سفرا ولا سائرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشئة سفرا فلهذا مضت الى مقصدها ولم يذكر المصنف رحمه الله في الكتاب هذا الشق اعتمادا على ان يفهم من الشق الاول لانه اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او مات عنها زوجها في مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان ليس لها الخيار في ذلك اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى هي ان التربص على المعتدة في منزلها وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكر في الكتاب وهو واصح والله اعلم بالصواب *

الولد صائعا فكانه قال لانتفاء التصيع منهما بالزنا او بما في معناه فيه قوله والمبتوتة يثبت
نسب ولدها منه اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال
ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب
احتياطا وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق
والا لزاد اكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام وقوله
الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت يعني انه اذا ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به
لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان وقوله لانه التزمه اي
التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بان وطئها بشبهة في العدة والنسب يحتاط
في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه
حتى تأتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان يكون حاملا ولم تقر
بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول
بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فتحتمل ان تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء
عدتها بوضع الحمل ويحتمل انها حبلت بعد انقضاء العدة بثلثة اشهر واذا كان كذلك
كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء عدة يثبت نسب ولدها الى سنتين وانما قال ولم تقر
بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة بثلثة اشهر ثم جاءت بالولد لاقل من ستة
اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها فصارت كانها لم تقر بانقضائها
فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهو الاشهر لانا عرفناها صغيرة بيقين
وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء اقرت به او
لم تقر وهو اي حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله
فلو اقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي

بالمضي واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي
مضي اربعة اشهر وعشر ما لم يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين
عند علمائنا الثلثة رحمهم الله ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع
في المآل وما نحن فيه لم يكن كذلك والجواب سيأتي عند قوله الا انا نقول لانقضاء عدتها
جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما اي عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا
وعند ابي يوسف رحمه الله يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا
في آخر العدة وهي ثلثة اشهر ثم تأتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة
ادعت الحمل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لانها اعرف بامر عدتها فيحكم باقرارها
ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين
شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله الا انا نقول
لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضينا الحكم
على الاصل ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فكذلك اختلف الحكم الذي ينبني
عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة الاحبال فلم يعتبر في حقها تعيين جهة العدة
بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة
بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك في حق غير المنكوحة
فاما النكاح فلا يعتقد الا للاحبال وقوله وفيه اي في البلوغ شك والصغر كان ثابتا بيقين
فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وقوله وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فاذا اعترفت المعتدة باطلاقه حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول
كل معتدة يعني سواء كانت معتدة من طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قيل
ذكر المرغيناني وقاضيخان رحمهما الله ان الآئسة لو اقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد

لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الا ان يأول كل معتدة بغير الآئسة وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير ان الآئسة اذا اقرت بانقضاء العدة معسرا بثلثة اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والافلا **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا اذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن او رجعي ولدا وقد انكر الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله مالم يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعيين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قائم لقيام العدة وهواي قيام الفراش ملزم للنسب فلا حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون قائما لقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالنصاب فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا وصدقها اي اقربه جميع الورثة او جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين اورجل وامرأتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة

بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت اولا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظ الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا تراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة وقوله اذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله واللعان انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة وهي لا تجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجهه ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف مجردا عنه فان ولدت المرأة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المرأة تسند العلوق الى زمان سابق والزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب الاوقات واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسناد العلوق الى زمان يسبق النكاح وهي تنكره فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على ان ظاهر حالها يتأيد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا تحرم فان قيل وجب ان تحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود اجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه

والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله ولم يذكر الاستحلاف وهو على
الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال لامرأته اذا ولدت
ولدا فانت طالق ظاهر وقوله فيما يبتني عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة
وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت
ضمنا لا يثبت قصدا ولابي حنيفة رحمه الله ان دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن
الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة
فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان
شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق
لانه ينفك عنها ولقائل ان يقول كلامنا في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بشيء لازم
من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشيء اذا ثبت يثبت بجميع لوازمه وقوله وان كان
الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحمل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة
ولدت وكذبها الزوج فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وعلى هذا
الاختلاف اذا كان الحمل ظاهرا ثم علق الطلاق لهما انها ادعت الحنث فلا بد لها من
حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه
الحبل وهو الولادة ولان اقراره بحملها اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى
رد الامانة وهذا يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عنده اذا كان وجود
الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا على الجزاء عند افراده عن الشرط والاقرار كذلك
بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الاولى فيلمح منه جواب الاعتراض هناك الله اعلم
قوله واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد
لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حالة الدوران
والغرض تقدير المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من سائر الظلال وروايته